

博士論文

近世日本における贖刑の研究
(A Study on Redemption in the Early Modern
Japan)

2023 年 3 月

立命館大学大学院法学研究科

法学専攻博士課程後期課程

片保 涼介

立命館大学審査博士論文

近世日本における贖刑の研究
(A Study on Redemption in the Early Modern
Japan)

2023 年 3 月

March 2023

立命館大学大学院法学研究科

法学専攻博士課程後期課程

Doctoral Program in Law

Graduate School of Law

Ritsumeikan University

片保 涼介

KATAHO Ryosuke

研究指導教員：河野 恵一教授

Supervisor: Professor KONO Keiichi

目次

序論	1
(一) 緒言	1
(二) 近世日本における中国法継受の研究史	1
(三) 近世日本における贖刑受容の研究史	2
(四) 本研究の構成	3
第一編 近世日本の贖刑論	6
一 はじめに	6
二 榊原篁洲の贖刑論	6
(一) 榊原篁洲と『大明律例診解』	6
(二) 先行研究の検討	7
(三) 『大明律例診解』贖刑条文の検討	10
(四) 小括	17
三 高瀬学山の贖刑論	22
(一) 高瀬学山と「明律」関係著作	22
(二) 『大明律例診解』参訂の記述	24
(三) 『喜朴考』	26
(四) 『大明律例訳義』	29
(五) 『大明律例詳解』	33
(六) 小括	35
四 荻生徂徠の贖刑論	40

(一) 获生徂徠・北溪の「明律」研究	40
(二) 徂徠『政談』の贖刑論	42
(三) 徂徠の贖刑理解	43
(四) 徂徠の過料刑批判	46
(五) 箕洲・学山の贖刑論との比較	48
(六) 小括	48
五 おわりに	54
第二編 近世藩法における贖刑	57
一 はじめに	57
二 熊本藩「刑法草書」	62
(一) 「刑法草書」の概要	62
(二) 宝暦五年施行本	64
(三) 諸草案	68
(四) 「御刑法草書附例」〔宝暦十一年施行本〕	77
(五) 贖刑適用の変則と代替	86
(六) 過料刑の不採用	91
(七) 小括	92
三 会津藩「刑則」	104
(一) 「刑則」の概要	104
(二) 「刑則」の刑罰と贖刑	105
(三) 「老幼廢疾憊愚之者」の贖刑	106
(四) 「願」による贖刑	108
(五) 肉刑・死刑に対する贖刑	111

(六) 贖刑制度導入の背景	112
(七) 小括	114
四 弘前藩「寛政律」「文化律」	119
(一)「寛政律」「文化律」の概要	119
(二)「寛政律」「文化律」の刑罰と贖刑	119
(三) 贖刑の適用条文	121
(四) 贖刑の代替	123
(五) 小括	124
五 新発田藩「新律」	129
(一)「新律」の概要	129
(二)「新律」の刑罰と「過料」	129
(三) 贖刑としての過料刑	131
(四) 小括	132
六 和歌山藩「国律」	134
(一)「国律」の概要	134
(二)「国律」の「贖刑」	135
(三) 幕府の過料刑との関係	136
(四) 小括	137
七 おわりに	140
第三編 江戸幕府における贖刑不採用	145
一 はじめに	145
二 先行研究の概要	145
三 徳川吉宗による過料刑「創設」説の検討	150

四 諸学者の贖刑論と吉宗への影響	153
五 贖刑不採用の理由	155
(一) 先行研究における論点	155
(二) 刑罰体系	156
(三) 不平等性	158
(四) 営利忌避	158
(五) 古法墨守	159
六 おわりに	163
結論	165

序論

(一) 緒言

日本法史上、中国法に由来する贖刑の制度は幾度も存在した¹。近世においては一部の「明律」の影響を受けた藩の刑法典が贖刑制度を設けていたことが知られている。また、これまでの研究によるならば、贖刑の是非をめぐる議論が存在したことが確認されており、江戸幕府法の過料刑に対してこうした議論が示唆を与えたという指摘も存在する。

本研究はこうした先行する諸研究を踏まえ、近世日本における贖刑制度導入の背景や実態について、諸学者の贖刑論および諸藩の贖刑制度、そして江戸幕府法における贖刑の不採用という三つの観点より総合的に解明し、近世日本法に対する中国法の影響について新たな知見を提示するものである。

(二) 近世日本における中国法継受の研究史

贖刑は中国法に由来する刑罰制度であるが、近世日本法に対する中国法の影響は贖刑に留まらない。ここで日本近世法と中国法との関係についての研究史を整理しておきたい。

近世日本における中国法継受に関する総合的な研究として古くは、小早川欣吾「明律令の我近世法に及ぼせる影響」²【小早川論文】が存在する。同論文は、江戸幕府將軍の徳川吉宗や、金沢藩主の前田綱紀、および高瀬学山、榊原篁洲、荻生徂徠、荻生北溪等の諸学者による「明律」研究について論じるとともに、過料刑や敲刑等の幕府法の諸制度や、和歌山藩、弘前藩、新発田藩等の藩法に対する「明律」の影響について考察を加えたものである。

この小早川論文で示された論点は、戦後期の研究においても継承された。近世の諸学者による「明律」をはじめとした中国法研究に関する研究については、松下忠氏³や大庭脩氏⁴、ヘンダーソン氏⁵、奥野彦六氏⁶らによる成果が積み重ねられた。そして近年においては高塩博氏⁷による研究が公となっている。

これらの諸研究により、前述の榊原篁洲、高瀬学山、荻生徂徠、荻生北溪等による「明律」研究の成果、すなわち篁洲の『大明律例諺解』、学山の『大明律例訳義』、北溪の『官准刊行明律』、徂徠の『明律国字解』等の代表的な「明律」の注釈書に対する知見が深められており、学山、北溪、徂徠の注釈書については翻刻と刊行もなされている⁸。

幕府法に対する「明律」の影響については、小林宏氏の研究によって多くが明らかとなっている。同氏の「徳川幕府法に及ぼせる中国法の影響——吉宗の明律受容をめぐって——」⁹、【小林中国法論文】においては、幕府の「過料刑、幼年者の刑事責任、乱心による殺人と酒狂によるそれとの責任の区別、盗罪に関する累犯の処罰、軽犯罪者による重犯罪者申告の際の免責、旧悪減軽等」¹⁰の諸制度や規定を例に、幕府法に対する「明律」の影響について具体的な考察が加えられた。高塩氏の諸研究においても、幕府法の敲刑や入墨刑¹¹、刑の加重減軽法¹²に関して「明律」との関係が論じられており、「公事方御定書」の法体系にそのものに対しても律令法の影響があるとの指摘がなされている¹³。

また、戦後においては藩法の研究が盛んに行われたが¹⁴、「明律」を中心とした中国法の影響を受けた「明律系」の刑法典（明律系藩法）についても多くの研究が生み出された。今日においては、熊本藩、新発田藩、会津藩、弘前藩、和歌山藩などが「明律」の影響を受けた刑法典を制定したことで知られている¹⁵。そして、こうした諸藩の立法においても、近世の諸学者による「明律」研究が影響を及ぼしたことが明らかとなっている¹⁶。

(三) 近世日本における贖刑受容の研究史

前述のように、近世日本の刑法典において実際に贖刑制度を有していたのは、前掲の明律系の藩法のうちの一部のみであった。これら藩法に贖刑制度が存在することについては、個々の明律藩法に関する個別の研究において言及がなされている。一方でこうした現に近世日本において存在した贖刑制度に加えて、徳川吉宗や諸学者の中国法研究についての分析をもとに、幕府の過料刑と贖刑の関係を指摘する研究が存在している。

幕府法の刑罰としての過料刑と贖刑との関係については、小早川論文において指摘がなされたのが嚆矢である。小早川論文は幕府法上の過料刑は徳川吉宗によって創設されたものであるという前提に立ち、中国法に関心を抱いていた吉宗が過料刑の創設にあたって「明律」上の贖刑から何らかの示唆を得たのではないかと論じられ、いくらかの史料を傍証として示されている。

この立場を継承したものが小林中国法論文であった。小林氏は新たに、榊原篁洲と高瀬学山の間で贖刑の是非をめぐる意見対立が存在し、吉宗が贖刑について学山に諮問している点に注目された。同氏の「徳川吉宗と過料刑の成立——立法における経書の意義に寄せて——」¹⁷【小林過料刑論文】はこの点について詳細に論じられたものである。

以上、整理したように近世における贖刑に関する研究は、個々の藩法研究におけるもの、幕府の過料刑との関係に関するもの、そして諸学

者の贖刑論といった三つの視点よりなされてきたと思われる。しかしながら後二者の研究については、今日の日本近世法史や中国法史の研究成果と照らして不十分な点や誤認等が見られる。また個々の藩法研究における成果もまた、必ずしも贖刑制度に着目したのではなく、贖刑制度を包括的かつ専門的に扱った研究は存在しない。本研究においてはこうした先行研究の課題を補うべく、近世日本における贖刑をめぐる諸相について検討し、総体的な考察を行いたい。

(四) 本研究の構成

本研究の第一編「近世日本の贖刑論」は、榊原篁洲、高瀬学山、荻生徂徠といった近世における「明律」研究を主導した諸学者の贖刑論の検討である。篁洲ならびに学山の贖刑論は高塩博氏および小林宏氏によってその一端が明らかにされたものである。とりわけ前掲の小林過料刑論文においては、篁洲および学山の贖刑に関する記述に関して儒教經典の影響という観点から分析がなされ、その吉宗の立法に対する影響についても論じられていた。

こうした近世社会における儒教思想の影響に注目した分析は一定の意義を有するものである。しかしながら、必ずしも篁洲や学山が論じようとした贖刑の具体的内容には検討が及んでいない。この点に関して同編では、従来の研究ではさほど言及されることのなかった、明代中国の贖刑制度との比較の観点から、彼らの贖刑理解について検討し、考察を加えるものである。また、従来の研究が篁洲や学山の著作の一部の利用に留まっていたのに対して、同編では彼らの著作をより広範に用い、かつ学山と同時期に活躍し、徳川吉宗に影響を与えた荻生徂徠の著作についても検討の対象とする。

第二編「近世藩法における贖刑」は、従来、個々の研究においてその存在は指摘されながらも、まとまった研究が存在しなかった藩法における贖刑制度について先行研究を整理し、包括的に考察を加えるものである。同編では先に列挙した「明律」の影響を受けたとされる諸藩の刑法典を取り上げ、各法典における贖刑制度について、「明律」や幕府法、他の藩法等との比較を行い、その特色について指摘する。同編では、これら明律系の藩法のほとんどが、「明律」のような中国律に倣った贖刑制度を設けていた点を確認するとともに、明代中国の贖刑制度との比較、近世の諸学者による「明律」研究の影響、日本固有の財産刑である過料刑との関係といった観点より、その特徴について明らかにする。

第三編「江戸幕府における贖刑不採用」は、小早川論文で提唱され、小林両論文に引き継がれた幕府の過料刑と贖刑との関係について再考を行うものである。前述のように小早川論文においては、徳川吉宗による過料刑の「創設」にあたって、「明律」の贖刑制度が示唆を与えた

のではないかとする説が提唱された。小林両論文はこの説を引き継いだうえで、吉宗が贖刑をそのまま採用しなかった理由について諸学者の主張をもとに解明されている。同編においてはこの学説を批判的に再検討するとともに、贖刑不採用の理由について小林氏の見解を参照しつつも儒教思想以外の諸要因に着目して解明を行う。

1 牧英正氏は日本法史上の財貨を供することによって罪をあがなう「贖罪」制度について、律令法の継受以前、律令法、近世藩法、明治初年の刑法の贖罪制度を挙げられ、大化以降の贖罪制度はそれぞれ直接中国法の影響のもとにあるとされる。牧英正「日本古代贖罪制度考」(大阪市立大学『法学雑誌』第四卷第三・四号、一九五八年)七五頁参照。

2 『東亜人文学報』第四卷第二号(一九四五年)。吉原丈司・竹内英治編『CD版 小早川欣吾先生東洋法制史論集(増補版)併載』小早川欣吾先生略年譜・著作目録(八訂稿)『ローマ法・法制史学者著作目録選(第十二輯)(常盤印書館、二〇一六年)』に影印により再録されている。

3 松下忠『紀州の藩学』(鳳出版、一九七四年)第七章「大明律研究―榊原篁洲と高瀬学山―」。

4 大庭脩『江戸時代における中国文化受容の研究』(同朋舎出版、一九八四年)。

5 Henderson, Dan Fenno, Chinese Legal Studies in Early 18th Century Japan: Scholars and Sources, *Journal of Asian Studies* Vol. 30, No. 1 (Nov., 1970), pp. 21-56.

6 奥野彦六『徳川幕府と中国法』(創文社、一九七九年)。

7 高塩博『日本律の基礎的研究』(汲古書院、一九八七年)、同『江戸時代の法とその周縁―吉宗と重賢と定信と』(汲古書院、二〇〇四年)、同『江戸幕府法の基礎的研究《論考篇》』(汲古書院、二〇一七年)。

8 内田智雄・日原利国校訂『律例対照 定本明律国字解』(創文社、一九六六年)、小林宏・高塩博編『高瀬喜朴著 大明律例訳義』(創文社、一九八九年)。また、これら注釈書は前述の諸研究以前にも、浅井虎夫「明律ニ就テ」(『京都法学会雑誌』第四卷第四号、一九〇九年)において紹介されている(一四一・一四二頁参照)。

9 小林宏『日本における立法と法解釈の史的研究』第二卷 近世(汲古書院、二〇〇九年)所収。初出は『國學院大學日本文化研究所紀要』第六四輯(一九八九年)。

10 小林中国法論文、小林前掲書・六一頁。

¹₁ 高塩博『江戸幕府の「敲」と人足寄場——社会復帰をめざす刑事政策——』（汲古書院、二〇一九年）所収「江戸幕府法における「敲」と「入墨」の刑罰」（初出・小林宏編『律令論纂』汲古書院、二〇〇三年）参照。

¹₂ 高塩前掲『江戸幕府法の基礎的研究《論考篇》』所収「江戸時代享保期の明律研究とその影響」（初出・池田温・劉俊文編『日中文化交流史叢書』第二巻 法律制度、大修館書店、一九九七年）七三・七四頁参照。

¹₃ 高塩『江戸幕府法の基礎的研究《論考篇》』所収「公事方御定書」の法体系と律令法——徳川吉宗に焦点を当てつつ——」（初出『国史学』第二二六号、二〇一五年）参照。同論文ではこれらに加え、「明律」に淵源を求めることができる「御定書」の規定が多数例示されている（三九七〜三九九頁参照）。

以上の研究の概要や研究史について、高塩前掲「江戸幕府法における「敲」と「入墨」の刑罰」三〇頁以下、同「江戸時代享保期の明律研究とその影響」、大平祐一「高塩博『江戸幕府法の基礎的研究』を読んで」（『法史学研究会会報』第二二号、二〇一七年）参照。

¹₄ 戦後の藩法研究の動向については、大平祐一「近世の訴訟、裁判制度について」（『法制史研究』第四一号、一九九一年）一九八頁以下参照。

¹₅ このほか幕末には、土佐藩と久留米藩でも「明律」の影響を受けた刑法典が編纂されている。以上、高塩「江戸時代享保期の明律研究とその影響」八一頁参照。

¹₆ 同・七五〜七九頁参照。

¹₇ 小林前掲『日本における立法と法解釈の史的研究』第二巻所収。初出は『法史学研究会会報』第九号（二〇〇四年）。

本研究における史料・文献の引用にあたっては、旧字・合字・異体字等は原則として現用の字体とした。必要に応じて句読点を追加した箇所や改めた箇所がある。また振り仮名や送り仮名、訓点などを省略した箇所がある。

第一編 近世日本の贖刑論

一 はじめに

序論で述べたように近世日本の明律系藩法の中には贖刑の制度を有するものが存在することが知られており、江戸幕府の過料刑についても贖刑との関係が指摘されている。しかしながら、近世日本における贖刑については、これまで積極的に研究がなされてきたとは言いがたい。本編はこうした研究の不足を補うべく、幕府や諸藩における贖刑受容の契機となったと考えられる、十七世紀末から十八世紀前半にかけての「明律」研究を精査し、榊原篁洲や高瀬学山、荻生徂徠といった近世日本の「明律学者」の贖刑に対する理解と評価を説明するものである。第二章、第三章で述べるように、榊原篁洲や高瀬学山については、こうした観点からの先行研究がすでに存在している。他方、近年「明律」について研究が深められており、その贖刑をめぐる多くが明らかとなっている。本編においては、篁洲や学山の贖刑認識についての先行研究を手掛かりとしつつも、「明律」の贖刑に関する今日の研究成果を参照し、彼ら明律学者の贖刑認識をより具体的に描き出したいと思う。

二 榊原篁洲の贖刑論

(一) 榊原篁洲と『大明律例諺解』

榊原篁洲（一六五六～一七〇六。名は玄輔、字は希翊、篁洲は号。）は和歌山藩に仕えた儒学者であり、日本における「明律」研究の創始者として知られている¹。篁洲の「明律」研究とその著作である『大明律例諺解』については多くの研究が公となっている²。

『大明律例諺解』は目録一卷、本文三十巻の計三十一巻からなる日本初の明律注釈書であり、「明律」および「問刑条例」に訓読を与えて、これに語釈や通釈を施したもので、注釈にあたっては中国の法典や明律注釈書を多数引用している³。

『大明律例諺解』にはそれぞれ「原撰本」「参訂本」「考正本」と仮称されている諸本が存在する⁴。「原撰本」は和歌山藩二代藩主の徳川光貞より作成の命を受け、元禄七年（一六九四）に完成した篁洲の自筆本であるが、今日所在が知られていない⁵。「参訂本」は光貞の子で同五代藩主の徳川吉宗の命によって行われたものであるが、参訂の結果は『諺解』の本文中には書きこまねず、「訂正一卷」（『大明律例諺解訂正』）という書冊が作成された⁶。したがって「参訂本」自体は「原撰本」とまったく同一の内容をもつものである⁷。「考正本」は正徳五年に吉宗より学山に作成が命じられたものであり、「訂正一卷」を再検討して是なるものを『諺解』の本文中に採り入れたものである⁸。

本章において参照する国立国会図書館所蔵の『大明律例諺解』⁹は、尊経閣文庫所蔵のものと並んで「参訂本」に属するものであり¹⁰、箕洲本人の見解を知るために適したものであると言えよう¹¹。

『大明律例諺解』は写本としてのみ伝わり¹²、かつ高瀬学山の『大明律例訳義』や荻生徂徠の『明律国字解』のような諸藩への影響なども不明瞭である¹³。しかしながら、同書の贖刑に関する記述について徳川吉宗が関心を示しており、吉宗の贖刑理解に影響を与えたと考えられること。学山や徂徠の「明律」の研究に影響を与え、箕洲が同研究における先駆者とされていること¹⁴。また、体裁・内容ともに『明律国字解』よりも優秀であるとの見解が存在すること¹⁵。以上の点より、『大明律例諺解』の内容について検討することは重要であると考えられるのである¹⁶。

(二) 先行研究の検討

(1) 『大明律例諺解』の贖刑批判論

榊原箕洲ならびに高瀬学山の贖刑論については、高塩博氏の「和歌山藩『大明律例諺解』の成立」(前掲)や小林宏氏の「徳川幕府法に及ぼせる中国法の影響——吉宗の明律受容をめぐって——」¹⁷【小林中国法論文】および、「徳川吉宗と過料刑の成立——立法における経書の意義に寄せて——」¹⁸【小林過料刑論文】において言及されている。これらの研究が参照するところの榊原箕洲『大明律例諺解』五刑条の贖刑批判論を国会図書館本より引用する。

流罪ニモ 贖ヲ納ル法アリ。三流ノ罪已ニ重シ。而ルニ猶贖ヲ許スハ良法ニ非ス。尚書ニ金作レ贖レ刑ト云。是納レ贖ノ始也。然レトモ過誤ノ犯罪、情軽キ者ヲ贖シム。後世五刑トモニ軽重ヲ不レ論シテ皆贖フハ謬レリ。但、宋ノ世ニハ軽罪ニノミ贖法ヲ用。仁宗ノ時ニ贖法ヲ立ント欲ス。議者ノ曰、富人ハ贖ヲ以テ刑ニアタラス、貧人ハ免ルコトヲ不レ得シテ、刑政不レ平ト云。其事遂ニ寢ヌ。日本近世、贖法ヲ不レ立。故ニ罪ヲ犯ス人ハ、貧富ヲ不レ論シテ、皆法ニ依テ罪ニ坐シテ、刑罰正中ル。誠ニ善政也。¹⁹

高塩論文においては、榊原箕洲と高瀬学山との間の贖刑に関する意見の相違について本史料に基づいて指摘されている。すなわち箕洲は三流の罪に贖銅を認めるのは良法にあらずと断じており、日本が贖銅法を採用しておらず、貧富を考慮せずに全員を実刑に服させている点を評

価していた²⁰。転じて学山は『大明律例諺解』の参訂を行った際に、この記述を削除し、『諺解』の五刑・死刑の項に、「明律」は「雜犯の死罪」には贖を認めており、贖銅法は国家財政を補うだけでなく、民に仁恵を施すという意義が大きいとの記述（第三章後掲）を加えるように述べていた²¹。これに加え同論文においては『喜朴考』（同後掲）を史料に、吉宗が贖銅について『諺解』の記述を引用し学山に質問しており、これに対し学山が篁洲の見解を批判し、仁政の観点から贖法を評価している点を見出されている²²。

小林両論文もこうした論点を引き継いでおり、小林過料刑論文では、贖刑（過料刑）採用に関する両意見について以下のように整理されている。

即ちその一つは榊原篁洲によるものであって、笞杖徒流死の五刑すべてにわたって贖法を適用するのは刑政上誤っており、とくに三流の如き重罪に贖法を許すのは良法ではなく、且つ贖法は受刑者の貧富の差によって平等に作用しないから不公平であり、徳川幕府が贖法を設けていないのは「善政」であるとして、過料刑採用に対する反対もしくは消極的意見である。他の一つは高瀬喜朴によるものであって、贖法には国家の財政を補う利点があり、且つ実刑に代替して五刑すべてにわたって贖法を適用することは「仁政」に適用として、過料刑採用に対する賛成もしくは積極的意見である。²³

小林氏は篁洲の『大明律例諺解』における論について、「篁洲は、贖刑は受刑者の財産や経済力によって、その効果が異なり、刑罰としての妥当性を欠くから、この刑の採用には基本的に不賛成であり、また贖刑は応報的、懲戒的な効果も大きくないから、これを用いるとすれば、せいぜい軽罪に止めるべきであると考えているようである。このような理由から篁洲は、とくに重罪のものに対し、贖刑を適用することに異議を唱えている……」²⁴と評価される。一方の学山の参訂における論については、「国家財政を補うことと民に仁恵を施すことの二つの理由から明律の如く死罪の囚に対しても、それを許すべきであるというのである。このように喜朴は、篁洲とは異なって贖刑の採用には全面的に賛成する……」²⁵と評価される。

小林過料刑論文では、儒教經典の『尚書』（『書経』）に現れる複数の贖刑についての記述や、その注釈における贖刑評価の相違等が篁洲と学山の意見に影響を与えていることが指摘されている。小林氏は両者の意見が『尚書』舜典の「金作贖刑」や同・呂刑の周の穆王の贖刑²⁶を参照している点に注目される。篁洲の贖刑採用に反対する論に影響を与えているとされるのが、中国南宋の学者、蔡沈の注釈である「蔡伝」（『書経集伝』）である。「蔡伝」は舜典の贖刑を軽微な犯罪で情状酌量すべき場合に限り認めたとし、周の穆王が五刑のような重刑に贖

刑を許したことを不公平であるとして非難している²⁷。小林氏は篁洲の論はこうした「蔡伝」の説や、同様に贖刑を不公平とする『宋史』刑法志の記載を受けたものとされている²⁸。一方で学山の「参訂」における論についても「蔡伝」の記載と類似した点を指摘され、「蔡伝」とは無関係ではないとされる²⁹。学山が「蔡伝」とは異なり穆王の贖刑を財政と仁政の観点から高く評価したのは、「蔡伝」の注釈である元の鄒季友の『音釈』の影響があったとされる³⁰。

本編においてはこうした両者の意見の思想的背景に関する研究を参考としつつ、先行研究では十分に論じられていない篁洲や学山が反対あるいは賛成していた贖刑の内容について説明を試みたい。後述のように学山は明の贖法は詳細であると述べているのであり、具体的には「明律」（大明律）や「問刑条例」³¹の規定する明代中国の贖刑について参照する必要があると考えられる。

（2）明代中国の贖刑と篁洲の論

滋賀秀三氏によれば明の贖制には、律に定められた贖であり「律贖」ともいう「收贖」と、律外に発生し、やがて条例によって整えられるようになった「例贖」ともいう「贖罪」また「納贖」の区別があった³²。

律贖は「唐律」を継承したものであり、その対象は、文官・武官の犯罪（名例律・文武官犯公罪条、文武官犯私罪条、存留養親（同・犯罪存留養親条）、天文生と女性の犯罪（同・工樂戸及婦人犯罪条）、高齢者・幼年者・障害者の犯罪（同・老小廢疾收贖条）、過失殺傷（刑律・人命・戲殺誤殺過失殺傷人条）、誣告（同・訴訟・誣告条）などの場合である³³。律贖は銅銭で規定されていたが鈔、のちには銀により收贖しており、その額は低額で、特定の対象に対して大きな恩典を与えるものであり、財政上の期待は全くなかったとされる³⁴。

一方の例贖はあくまで労働力と物資の確保に重点を置くものであり³⁵、「犯人の資力と労働力を国家の需要に向けて生産的に動員しようとする手法」³⁶であった。滋賀氏によれば例贖（贖罪）の形態には、労役による「工役」また「輪作」「做工」と、物資を調達し運んで納入する「運納」があったとされ、やがて運納が主流となり、明代中期以降には銀納に置き換わっていったとされる³⁷。例贖（贖罪）は「真犯死罪」を除くすべての犯罪と刑種を対象とするもので³⁸、明朝においては雑犯死罪から答罪まで一律に贖罪とし³⁹、例贖によって五刑を代替していた⁴⁰。「問刑条例」の五刑条の規定によるならば、財力のある者は答罪から雑犯死罪まで物資の納入によって贖罪させ、財力の無い者は答杖罪は刑を執行し、徒・流・雜犯死罪は做工等の労役により贖罪させると定められており、明律注釈書にはその数量や期間の一覧表が掲げられている⁴¹。

このような明代中国の贖刑制度に照らして先の篁洲の意見を検討するならば、篁洲が「贖ヲ納ル法アリ」あるいは「是納贖ノ始也」と述べ

ている点に気づかされる。これによれば篁洲は「納贖」（例贖）について批判を行っているとと思われるのである。小林過料刑論文においても篁洲は「軽罪」には贖刑を認めていると指摘されているが、先の五刑条の文から察するに篁洲はすべての贖刑に反対しているわけではなく、彼が「金作贖刑」の内容として述べている「過誤ノ犯罪」⁴²、「情軽キ者」などの斟酌すべき理由がある場合や、流罪未満の罪には贖刑を容認していると思われるのである。前述のとおり明代の納贖（例贖、贖罪）は、答罪から雑犯死罪に至る五刑すべての犯罪に対して適用されるものであった。これはまさに篁洲の批判する、正しからざる贖刑そのものと思われる。転じて收贖（律贖）は、本人の身分や年齢といった一定の要件に基づいて適用されるものである。つまり篁洲は、納贖と收贖とを区別して、前者のみを批判の対象としていたと考えられるのである。

この点に関して篁洲の見解を明確化するために、律や「問刑条例」の贖刑に関する個々の条文について、篁洲が『諺解』においてどのように解釈し、評価しているかについて検討を行いたいと思う。

（三）『大明律例諺解』贖刑条文の検討

文官・武官の答罪に対する收贖を、篁洲はどのように考えるのであろうか。『諺解』の名例律・文武官犯公罪条と、同・文武官犯私罪条とは、両条文の注釈として篁洲の考えるところの立法理由が記されている。

公事ニ因テ罪ヲ得テ私曲ナケレハ、其情已ニ輕シ。答スヘキ罪ハ、罪モ最モ輕シ。故ニ官ハ贖ヲ納メ……⁴³

文武官員、私罪ヲ犯ストキ、其人平生奉公ノ勤勞アツテ、其罪若小キナラハ、遽ニ遠ケ棄ガタシ。猶其功過ヲ參論スベキ理也。故ニ答四十以下ニアタル罪ハ贖ヲ納レシメ……⁴⁴

篁洲は「公罪」とは、「其情已ニ輕」いもので、かつ答刑に相当する犯罪というのとは、「罪モ最モ輕」いものであるため、贖刑を適用するのであると述べている。そして「私罪」の場合は文官・武官の「平生奉公ノ勤勞」に加え、罪の「小キ」ゆえに贖刑を適用するとしている。これらは一定の斟酌すべき事情に加え、答罪という罪の小ささゆえに收贖を容認していると考えられる。

では流罪も收贖の適用対象となる、天文生の犯罪や女性の犯罪の場合についてはどうであろうか。名例律・工樂戸及婦人犯罪条の条文名に付された注釈を見てみよう。

天文生ハ、日月星辰ノ推歩ヲ掌ル。民ニ時ヲ授ルノ本也。其業遽カニ習ヒ難キヲ以テ棄ルコトヲ惜ム。且、外ニ居テ天文ニ依テ福禍ヲ説トキハ、人心ヲ揺動シヤスシ。故ニ贖ヲ収ム。婦人ハ無知ナルヲ矜ム。故ニ又贖ヲ収ム。⁴⁵

ここでもまた箕洲は、同条の立法理由について考察している。すなわち、天文生が流や徒に相当する罪を犯した場合に收贖するのは、高度な天文学を習得する優秀な者を免職することを惜しむからであり、かつ、配所で天文学の知識を用いて人心を動揺させることを危険視したためであるとする。女性の犯罪の收贖については、女性の無知を「矜ム」ためであると述べる。箕洲は流罪をも適用対象とするこれらの收贖に対して、何ら批判を行わないばかりか、合理的な理由まで提示している。これより箕洲は、相当の斟酌すべき理由があるならば流罪の收贖にも認めていることが理解できよう。

続いて、高齢者や幼年者、心身障害者の收贖についてはどうであろうか。名例律・老小廢疾收贖条の条文名に付された注釈は以下の通りである。

老人、小兒、并ニ疾ニ因テ廢レテ人ト成ザル者ヲ、アハレミテ刑ヲ身ニ加ルコトヲ宥免シテ、贖ヲ収メ取也。⁴⁶

箕洲はここでも、高齢者や幼年者、心身障害者の收贖の理由を、先の女性の場合と同様に「アハレミ」に求めている。以下の条文本文の注釈ではさらに、その理由に言及している。

七十日レ老、故ニ凡人年七十以上、十五以下、及廢疾ノ者トハ三赦ノ輩ニ係レリ。流罪以下、徒・杖・笞ノ罪ヲ犯シタルハ皆、贖ヲ収ム。

……⁴⁷

「七十曰老」とは、『礼記』曲礼に、「七十を老と曰ふ。而して伝ふ。八十九十を耄と曰ふ。七年を悼と曰ふ。悼と耄とは罪有りと雖も、刑を加へず。」⁴⁸とあるものであり、「三赦」というのもまた、『周礼』秋官・司刺に、「壹赦に曰く幼弱。再赦に曰く老旻。三赦に曰く蠢愚。」⁴⁹とあるもので、ともに高齢者や幼年者の犯罪に対する刑事免責についての記述である。五刑条の「問刑条例」の注釈においても、

老幼老ハ七十歳以上ヲ老ト云。十五歳以下ヲ幼ト云。老幼ヲ奴トセサルハ、周礼ノ法也。今、七十以上、十五以下、流罪以下ヲ犯スハ贖ヲ収メ、八十以上、十歳以下ノ人、盗シ人ヲ傷ルヲモ亦贖ヲ収ム。其余ノ罪ヲ犯スハ皆勿論也。⁵⁰

とまた『周礼』秋官・司厲に、「凡そ爵有る者と七十なる者と未だ亂せざる者とは、皆奴と為さず。」⁵¹とあるものを引用している。以上を見るに箕洲は、高齢者や幼年者、心身障害者の収贖について、儒学思想的なあわれみの精神から、全面的に肯定していると考えられる。以上の高齢者・幼年者・心身障害者、女性、天文生の収贖について、まとめてこう述べている。

此節ハ、老幼廢疾ハ皆、憐愍スヘキ者也。故ニ決セズシテ贖ヲ収ム。婦人ハ徒役スベカラス。天文生ハ術業惜ムヘシ。故ニ杖一百ヲ決シテ、余罪ヲ贖ヲ収ム。是レ皆、贖ヲ収ル者也。⁵²

箕洲はこういった者の犯罪に対する収贖について、好意的と言ってもよいであろう。

では犯人自身の状態とは無関係に適用される存留養親についてはどうか。名例律・犯罪存留養親条の条文名の注釈では、「死・流・徒罪ヲ犯ス者、其父祖ヲ憫ムカ為ニ郷里ニ存シ留メ置テ、親ヲ養ハシムルナリ。」⁵³と、ここでも箕洲はなお、「あわれみ」を重視する。条文本文の注釈ではさらに、以下のように述べる。

若、徒罪・流罪ハ止タ決杖一百シテ、其余罪ハ贖ヲ納セテ発遣ヲ免シ、郷里ニ其マ、存留シテ、老疾ノ親ヲ養シムヘシ。……是、老ヲ尊ヒ、孝ヲ教ヘテ、仁ヲ以テ天下ヲ治ムルノ律意ナリ。⁵⁴

存留養親とは、高齢者を尊び、犯罪者や人民に「孝」を教える制度なのである。そして「仁ヲ以テ天下ヲ治ムル」と、最大限の評価を行っている。四書の『大学』には、「上老を老として民孝に興り」⁵⁵という、君主自らが高齢者を尊重したならば、人民はそれに感化されて進んで「孝」を行うようになる」と述べる一節が存在するが、箕洲の論がこうしたことを踏まえていることは、容易に想像できるであろう。

過失殺傷⁵⁶および誣告⁵⁷の箇所については、一般的な条文の説明のみであり、立法趣旨の説明や、その是非をめぐる評価などはなされていない。

以上、箕洲の收贖に対する評価を見てきたが、收贖の制度に関しては、おおむね高い評価を下していることが理解できた。箕洲がこのように「明律」の收贖規定を称賛する理由としてこれらが、高齢者や幼年者、心身障害者に対するものであったり、存留養親であったりと、儒学者として否定したい事由を要件としていることが指摘できるであろう。

続いて、箕洲が批判的的としていると考えられる納贖の制度について、彼の見解を検討していきたいと思う。納贖の適用範囲について箕洲は、名例律・五刑条・死刑二の注釈において、「死罪ニ真犯・雑犯ノ別アリ。真犯ハ死刑ニ決ス。雑犯ノ死罪ハ、贖ヲ納ルコトヲ許ス也。」⁵⁸と、納贖が雑犯死罪にも適用されることを述べている。この真犯死罪と雑犯死罪とを区別して後者に納贖を適用する制度が、日本には存在しないということについては、卷三十の卷末の「死罪」という項目の注釈において、以下のように解説している。

死罪ニ真犯・雑犯ノ別アリ。雑犯ノ死罪ト云ハ、銭ヲ納テ命ヲ贖フコトヲ許ス也。真犯ノ死罪ニ、凌遲処死ト、斬・絞ト三等アリ。断決不待時ト、秋後ニ至テ決スルトノ別アリ。雑犯死罪ニハ斬・絞ニ止テ、凌遲処死ノ刑ナシ。秋後ヲ待テ処決ス。大明会典ニ各別二分テ備ニ載ス。我カ国ニハ死罪ヲ処決スルコト皆時ヲ不待。死刑、斬アツテ絞ナシ。前代、烹殺ノ刑アリ。今時、磔アリ。炙アリ。ノコギリヒキアリ。並ニ是、凌遲処死ノ刑ナリ。此一等也。斬ニ腰斬アリ。袈裟斬アリ。梟首アリ。鬻試刃（タメシモノ）アリ。此一等也。是ヲ斬罪ニ比スヘシ。只頸ヲ斬ルニ止ル者アリ。此レ一等也。是ヲ絞罪ニ比スベシ。今時ノ死刑、自ラ三等アリ。故ニ凌遲・斬・絞ヲ分テ左ニ載ス。但、我国ノ刑、死罪皆、真犯トナシテ決ス。雑犯・准徒ノ差別ナシ。故ニ真犯・雑犯ヲ併セ載セテ分別セス。⁵⁹

ここでは日本の死刑と「明律」の死刑との比較を試みている。日本の磔や火罪、鋸引は凌遲処死に相当するものであり、胴切、袈裟切、獄

門、試物は斬、「只頸ヲ斬ルニ止ル者」(下手人)を絞に例えている。そしてこれら日本の死罪は、すべて「明律」で言うところの真犯死罪なのであり、実刑が科されると述べている。彼の贖刑批判論を思い出すならば、これもまた「良法」であり、「誠ニ善政」となるのであろうか。納贖の制度について詳しく解説している名例律・五刑条の「問刑条例」の注釈を読んでいきたい。篁洲は本条文に現れる運炭・運灰・運輓・納米・納料といった用語を抽出して、以下のように解説を加える⁶⁰。

運炭運灰運輓ハ、罪囚ヲシテ工役ヲ做シメテ、罪ヲ贖ハスル也。官用ノ炭、或ハ石灰、或ハ輓ヲ担ヒ運スル也。必スシモ犯人ノ本身ヲ拘役スルニ非ス。此工ヲ雇フ賃銀ヲ出サシムル也。答一十ヲ贖フ運炭ニ銀四錢、答一十ヲ贖フ運灰ニ銀十二錢六分、答一十ヲ贖フ運磚九錢一分ト云ノ類也。同ク答一十ノ罪ニテモ所レ犯ノ情ニ輕重アルヲ以テ、贖ヲ納ルニモ差別アリ。答罪ヨリ雜犯死罪ニ至ルマテ贖フノ則例ハ、納贖諸例ノ凶ニ詳ニ見ヘタリ。

納米納料米ヲ納テ罪ヲ贖ヒ、或ハ物料ヲ辦ル銀ヲ納テ罪ヲ贖フヲ云。是亦、納贖諸例ノ凶ニ見ヘタリ。大明会典、五刑贖罪云、按贖法有レ二。有ニ律得レ收レ贖者ニ、有ニ例得レ納レ贖者ニ、律贖無ニ敢損益一、而納レ贖之例則因レ時權宜、先後互異、嘉靖中、重修ニ條例一、奏定。在レ京、則、做工・納米・運灰・運輓・運炭・運石、六等。在レ外、則、有レ力、稍有レ力、二等。輕重適中。

運炭・運灰・運輓を、官用の物資を運搬させる刑罰としている。もつとも、必ずしも犯罪者本人を拘束して服役させるものではなく、その労働者を雇う賃銀を出させるものと述べている。また同一の刑罰でも情状の輕重により贖額に違いがあるとし、その額については「答一十ヲ贖フ運炭ニ銀四錢……」と、『大明会典』や明律注釈書に収録されている「納贖諸例凶」を引用して説明している(『諺解』には収録されていない)⁶¹。納米・納料については、米または銀を納入するものとしている。そして(万曆)『大明会典』(卷一七六)の「五刑贖罪」の項目を参考文献として引用している。

これらの記述に続いて以下のようにこの趣旨を説明している。

此一節ノ意ハ、凡ソ軍人・民人・工匠・諸色ノ人役、又ハ舍余・総旗・小旗ノ輩ノ罪ヲ犯シタルヲ審カニギンミスレハ、財力アリテ贖ヲ納ルコトノナル者ト、在京ノ文武ノ官吏、并ニ拳人ヨリ舍人マテノ者トモノ所レ犯アルハ、笞・杖・徒・流・雜犯死罪ノ差別ヲ不レ分、共ニ的決ヲ行フコトナク、各罪ノ輕重ヲハカリテ、運炭・運灰・納米等ノ項ヲ以テ、其罪ヲ贖ハシムルナリ。⁶²

これによると、「財力アリテ贖ヲ納ルコトノナル者」すなわち「有力」の者と、在京の文武官吏などは、笞罪から雜犯死罪まで区別なく実刑を執行されず、罪の輕重に応じて運炭・運灰・納米等によつて贖罪できるとしている。続いて做工・擺站・哨瞭・煎塩・炒鉄については、以下のように解説を行っている。⁶³

做工 做工ハ作スト義同シ。囚人ヲ工部ノ官司ヘワタシ置テ、造作アル処ヘ発シツカハシテ、年限満ルマテ工役セシム。大明会典云……

擺站 擺撥也。発シ遣スナリ。站船馬車ヲツギカユル駅通ナリ。……擺站ハ罪囚ヲ発シテ、往来ノ公文ヲ馳セ伝ヘ、官使ヲ迎送シ、官物ヲ転送シテ、昼夜奔走スル役ヲサセ、馭夫トナスヲ云。……

哨瞭 要害ノ処ニ高ク土台ヲ築キアゲテ、其上ニ屋ヲ構ヘテ遠視ノ者ヲ置キ、敵地ノ動靜ヲ窺テ、若変事アレハ、急ニ烽燧ヲ挙テ告ケ知ラスル処ヲ哨堡ト云。其哨堡ノ上ニ居テ風雨寒暑ヲ凌テ遠視スルハ、甚タ苦艱ナル役ナル故ニ、罪囚ヲ以テ此役ニ充ルヲ哨瞭ト云。……

煎塩 ハ、塩ヲ煎ル場ヘ発シ遣テ、シホマキノ夫ニアテ役スル也。

炒鉄 ハ、山ヨリ出ル鉄ノアラカネヲフカセ、鍛冶ノ場ニ於テ苦使スル也。

こうした労役が科せられる場合について、これもまた以下のように続けている。

此一節ノ意ハ、若官人・吏人等所レ犯ノ罪、例ニ於テ官職・吏役ヲ革メ去ルベキ者ト、舍余・総旗・小旗・軍人・民人等ノ罪ヲ犯シテ、贖フニ財力ナキニ究リタル者トハ、笞罪・杖罪ヲハ数ノ如ク的決ス。徒罪・流罪・雜犯死罪タル者ハ、各々工役ヲ做シメ、駅站ニ擺シ、哨瞭ノ役ヲナサシム。其情、最モ重キ者ハ煎塩・炒鉄ノ役ヲナサシムルコト、死罪ノ囚ハ五年、流罪ノ囚ハ四年、徒罪ハ徒役一年ヨリ三年マテ、五等ノ年限ヲ照シテ拘役スル也。⁶⁴

職役を罷免される罪を犯した官吏と、「贖フニ財力ナキニ究リタル者」すなわち「無力」の者で、笞罪・杖罪のあたる者は「数ノ如ク」執行する。徒罪・流罪・雜犯死罪の者は、做工・擺站・哨瞭に処せられ、情状の重い者は煎塩・炒鉄となるとし、その年限は、死罪は五年、流罪は四年、徒罪は一年から三年であると述べる⁶⁵。

以上の『諺解』における理解を見るならば、笞・杖刑が執行される場合のほか、徒罪・流罪・雜犯死罪に至るまで納贖することができる明代の贖刑の制度を篁洲は正確に理解している。では、篁洲は結局のところ、死罪にも適用される納贖をどのように考えているのであろうか。同条で「雜犯」を説明してこのように述べる。

雜犯死罪ニ真犯・雜犯ノ二ツアリ。真犯ハ人命、強盜等ノ罪情共ニ重シテ、必ス殺スヘキ者ヲ云。雜犯ハ罪ヲ云ヘハ甚重ケレトモ、本過失ヨリ出其情宥ムヘキ者、車駕行処軍民衝ニ入儀仗内ノ類ヲ云。雜犯ノ死罪ハ、贖ヲ納テ死ヲ免スコトヲ得ル也。⁶⁶

死罪に真犯死罪と雜犯死罪とが存在するのは、これまでも篁洲が述べている通りであるが、ここでは両者の性質の違いについて論じている。真犯死罪とは、殺人や強盜等の罪状が重いもので「必ス殺スヘキ」犯罪である。一方の雜犯死罪については、「本過失ヨリ出其情宥ムヘキ者」と、過失犯と捉えて、減輕の対象と考えているようである⁶⁷。篁洲が認めるところの「金作贖刑」もまた、「過誤ノ犯罪、情輕キ者」に適用したのであった。これより考えるならば、雜犯死罪に対する納贖を篁洲は容認していると思われる。

(四) 小括

以上の検討によって、篁洲が贖刑を全面的に批判していないことが明らかとなった。まず文官・武官の犯罪、天文生の犯罪、女性の犯罪、高齢者・幼年者・障害者の犯罪、存留養親、過失殺傷、誣告などの場合に適用される贖刑、すなわち「収贖」については肯定していると言ってもよい。とくに女性や高齢者等の犯罪、存留養親の場合については、儒教的な理由から高い評価を与えるなど、きわめて好意的であった。次に「納贖」については、雑犯死罪の納贖についてはこれを容認している。そして「流罪ニモ贖ヲ納ムル法アリ。三流ノ罪已ニ重シ。而ルニ猶贖ヲ許スハ良法ニ非ス。」と述べる前掲五刑条の「贖刑批判論」と合わせて考えるならば、篁洲の批判の対象は、重い流刑という刑罰に処せられ、かつ、「過誤ノ犯罪、情軽キ者」とも言い難い、きわめて多くの犯罪が含まれる流罪に対する納贖であったと考えられる。

以上のように篁洲の「贖刑批判論」は、決して贖刑の全面的な否定論ではなかったのである。第三章で確認するように『喜朴考』における学山や吉宗の議論、『大明律例訳義』の記述には篁洲の『諺解』の説を受けたと思われるものが多く存在する。学山や吉宗の贖刑理解に影響を与えた点で、榊原篁洲の贖刑論は意味を持つものであったと言えよう。

¹ 堀田璋左右、川上多助編『日本偉人言行資料 先哲叢談後編一』（国史研究会、一九一六年）六一頁、日本随筆大成編輯部『日本随筆大成』（第一期）14（吉川弘文館、一九七五年）三二五頁参照。

² 『大明律例諺解』の内容や成立過程について言及した主要な研究としては、松下忠「榊原篁洲著『大明律例諺解』と『明律訳解』について旧説を是正する」（『漢文学会々報』第十三号、一九五一年）、松下忠『紀州の藩学』（鳳出版、一九七四年）第七章「大明律研究―榊原篁洲と高瀬学山―」。高塩博『日本律の基礎的研究』（汲古書院、一九八七年）所収「東京大学法学部所蔵の明律註釈書―『大明律例諺解』『大明律例訳義』『大明律例詳解』―」（初出『國學院雑誌』第八七卷第九号、一九八六年）、同所収「和歌山藩『大明律例諺解』の成立」。高塩博『江戸幕府法の基礎的研究《論考篇》』（汲古書院、二〇一七年）所収「江戸時代享保期の明律研究とその影響」（初出・池田温・劉俊文編『日中文化交流史叢書』第二卷 法律制度、大修館書店、一九九七年）。平沢啓「語彙史資料として見た『大明律例諺解』―動詞を中心に―」（『紀州経済史文化史研究所紀要』第二〇号、二〇〇〇年）などがある。また、小早川欣吾「明律令の我近世法に及ぼせる影響」【小早川論文】（『東亜人文学報』第四卷第二号、一九四五年）およびHenderson, Dan Fenno, *Chinese Legal Studies in Early 18th Century Japan: Scholars and Sources*, *Journal of Asian Studies* Vol. 30, No. 1 (Nov., 1970), pp. 21-56. 参照。

- 3 高塩「東京大学法学部所蔵の明律註釈書」三五三頁、同「和歌山藩『大明律例諺解』の成立」三六九頁、大庭脩『江戸時代における中国
文化受容の研究』（同朋舎出版、一九八四年）二二七頁参照。注釈には平易な語を多用しているとされる（平沢前掲論文・二五頁参照）。
- 4 以下、松下『紀州の藩学』一二五～一三〇頁、高塩「和歌山藩『大明律例諺解』の成立」、同「江戸時代享保期の明律研究とその影響」五
八頁参照。
- 5 高塩「和歌山藩『大明律例諺解』の成立」三七二頁参照。
- 6 同・三七七頁参照。
- 7 同・三九四頁参照。
- 8 同・三九〇頁参照。
- 9 『大明律例諺解 三〇巻目録一卷』（国立国会図書館所蔵、請求記号…みー6）
国立国会図書館デジタルコレクション <https://dl.ndl.go.jp/info:ndljp/pid/2610145>
本章における『大明律例諺解』の引用は本書による。
- 10 松下前掲論文・書では「上野図書館本」（「上野本」）、高塩「和歌山藩『大明律例諺解』の成立」では「国会図書館本」と称されてい
る。「国会図書館本」には「訂正一卷」が附属しないが、本来は存在したとされる（高塩「和歌山藩『大明律例諺解』の成立」三七七頁参
照）。
- 11 もっとも松下氏は諸所に附箋の注記があり他本によって考勘訂正されている点から「よい系統のものとは思われない」（『紀州の藩学』
一三〇頁）と述べているため留意は必要である。
- 12 松下『紀州の藩学』一三〇頁参照。
- 13 高塩「和歌山藩『大明律例諺解』の成立」三九五頁参照。
- 14 松下『紀州の藩学』一四七・一四八頁、高塩「和歌山藩『大明律例諺解』の成立」三七四頁参照。
- 15 松下『紀州の藩学』一二九、一四九～一五一頁参照。
- 16 高塩氏もまた「榊原篁洲『大明律例諺解』三十一巻は、わが国明律研究の出発点をなすわけで、江戸時代の中国法受容を考察するには
第一に究明されるべき文献である。」（「和歌山藩『大明律例諺解』の成立」三六九頁）と述べている。
- 17 小林宏『日本における立法と法解釈の史的研究』第二巻 近世（汲古書院、二〇〇九年）所収。初出は『國學院大學日本文化研究所紀

要』第六四輯（一九八九年）。

¹⁸ 小林前掲書所収。初出は『法史学研究会会報』第九号（二〇〇四年）。

¹⁹ 『諺解』卷一・名例律・五刑条・流刑三、十丁裏、十一丁表。

²⁰ 高塩「和歌山藩『大明律例諺解』の成立」三八三頁参照。

²¹ 同・三八三・三八四頁参照。

²² 同・三八三〜三八六頁参照。

²³ 小林過料刑論文・七〇頁。

²⁴ 小林過料刑論文・七二頁。

²⁵ 小林過料刑論文・七三頁。

²⁶ 加藤常賢『書経（上）』新釈漢文大系第二五卷（明治書院、一九八三年）三五〜三七、三三九〜三四五頁、小島祐馬「経済上より観たる

『尚書』の贖刑」（『支那学』第一卷第六号 一九二一年）参照。

²⁷ 小林過料刑論文・七五〜七七頁参照。朱傑人、嚴佐之、劉永翔・主編『朱子全書外編1』（華東師範大学出版社、二〇一〇年）一四・一五

頁参照。

²⁸ 小林過料刑論文・七八・七九頁参照。梅原郁編『訳注中国近世刑法志 上』（創文社、二〇〇二年）二二六〜二二九頁参照。

²⁹ 小林過料刑論文・七九頁参照。

³⁰ 小林過料刑論文・八〇頁参照。

³¹ 「明律」を含めた明代中国の諸法典については、瀧川政次郎「明代刑法典概説（一）（二）」（『法学協会雑誌』第六〇巻第六・七号、一九四二年）、佐藤邦憲「明律・明令と大誥および問刑条例」（滋賀秀三編『中国法制史——基本資料の研究——』東京大学出版会、一九九三年）、懷効鋒点校『中華伝世法典 大明律』（法律出版社、一九九九年）、滋賀秀三『中国法制史論集（法典と刑罰）』（創文社、二〇〇三年）所収「法典編纂の歴史」二〇九〜二八〇頁、佐立治人「明朝の立法・刑罰・裁判」（『関西大学法学論集』第六七巻第六号、二〇一八年）参照。洪武元年（一三六八）に最初の「明律」が頒布された後、何度か律の改正が行われ、洪武三十年（一三九七）に完成したもの（「洪武三十年律」）が今日伝わる「明律」であり、明の滅亡まで改正されることはなかった。副次法典としては単行指令である条例を整理した「問刑条例」が存在する。弘治十三年（一五〇〇）、嘉靖二十九年（一五五〇）、万曆十三年（一五八五）に制定が行われ、「明律」とともに用いら

れた。

³² 滋賀『中国法制史論集』二二三二頁参照。

³³ 滋賀『中国法制史論集』二二三二頁、二七〇頁（60）以下、宮澤知之「明代贖法の変遷」（梅原郁編『前近代中国の刑罰』京都大学人文科学研究所、一九九六年）三五六・三五七頁参照。律における收贖の個々の規定の内容については、本研究第二編第二章第二・三節参照。

³⁴ 宮澤論文・三九一頁参照。

³⁵ 宮澤論文・三九二頁参照。

³⁶ 滋賀『中国法制史論集』二二三三頁。

³⁷ 滋賀『中国法制史論集』二三四頁参照。

³⁸ 滋賀『中国法制史論集』二三四頁参照。明朝においては死罪を、贖罪を許さない真犯とそれを許す雜犯に分けており、これを一覧表で示していた（同・二三〇～二三二頁参照）。

³⁹ 陶安あんど「中国刑罰史における明代贖法——唐律的「贖刑」概念との比較——」（『東洋史研究』第五七卷第四号、一九九九年）一四一頁参照。

⁴⁰ 石岡浩・川村康・七野敏光・中村正人『史料から見る中国法史』（法律文化社、二〇一二年）六〇・六一頁参照。

⁴¹ 佐立前掲論文・二八七～二九三、滋賀『中国法制史論集』二三四・二三三頁、陶安・一二四～一二六頁参照。

このほか明代の贖刑について、陶安あんど「律と例の間——明代贖法を通じてみた旧中国法の一斑——」（『東洋文化研究所紀要』第一三八冊、一九九九年）、陶安あんど「贖罪（旧中国の）」（『歴史学事典』第九巻 法と秩序、弘文堂、二〇〇二年）三四九・三五〇頁、野口鐵郎編訳『訳注明史刑法志』（風響社、二〇〇一年）九一～一三三頁、梅原郁編『訳注中国近世刑法志』下（創文社、二〇〇三年）三五二～三六八頁、谷井陽子「清律の基礎知識」（谷井俊仁・谷井陽子『大清律 刑律1——伝統中国の法的思考』平凡社、二〇一九年）六四～六六頁を参照。

⁴² 「過誤」といった過失犯をあらわす表現について述べておきたい。「唐律」においては同じ過失犯を示す用語であっても、「失」・「過失」・「誤」が使い分けられていたことが知られる。すなわち、「失」は官吏の公務上の過失、「過失」は人を殺傷した場合の過失、「誤」はこれら以外の過失を意味した（西田太一郎「過失・錯誤について」『中国刑法史研究』岩波書店、一九七四年、一四二頁参照）。もっとも古文獻においては、こうした用語も一般用語であり、単に「あやまり」、「あやまち」を意味するに過ぎなかったとされる（同・一四六頁参照）。

箕淵は『諺解』の注釈において、「過誤」や「過失」といった言葉を用いているが、「唐律」などと同様に区別して用いているのか、あるいは一般的な用法で用いているのかという疑問が生じる。これについては後述の「雜犯死罪」の説明で、殺傷以外の犯罪においても「過失」という言葉を使っていることから、これらの言葉も厳密に区別することなく、広義の過失犯を示すものとして用いていると考えられる。

⁴³ 『諺解』卷二、名例律二・文武官犯公罪条、廿八丁裏、廿九丁表。

⁴⁴ 『諺解』卷二、名例律二・文武官犯私罪条、三十丁裏。

⁴⁵ 『諺解』卷三、名例律三・工樂戸及婦人犯罪条、廿四丁裏。

⁴⁶ 『諺解』卷三、名例律三・老小廢疾收贖条、五十一丁裏。

⁴⁷ 『諺解』卷三、名例律三・老小廢疾收贖条、五十三丁表。

⁴⁸ 竹内照夫『礼記(上)』新釈漢文大系第二十七卷(明治書院、一九七一年)一六・一七頁。

⁴⁹ 本田二郎『周礼通釈 下』(秀英出版、一九七九年)二九〇頁。

⁵⁰ 『諺解』卷一、名例律・五刑条、廿五丁表。

⁵¹ 本田前掲書・二九九頁。

⁵² 『諺解』卷一、名例律・五刑条、廿五丁裏、廿六丁表。

⁵³ 『諺解』卷三、名例律三・犯罪存留養親条、廿二丁表。

⁵⁴ 『諺解』卷三、名例律三・犯罪存留養親条、廿三丁裏。

⁵⁵ 赤塚忠『大学・中庸』新釈漢文大系第二卷(明治書院、一九六七年)八三頁。

⁵⁶ 『諺解』卷二十二、刑律人命・戲殺誤殺過失殺傷人条。

⁵⁷ 『諺解』卷二十四、刑律訴訟・誣告条。

⁵⁸ 『諺解』卷一、名例律・五刑条・死刑二、十二丁裏。

⁵⁹ 『諺解』卷三十、死罪、四十七丁。中国で作られた明律注釈書に附載されている、真犯死罪と雜犯死罪の一覽表である「真犯雜犯死

罪」(弘治十年奏定)を基にした項目である。

⁶⁰ 以下、『諺解』卷一、名例律・五刑条、十七丁。

⁶¹ 「納贖諸例図」については、黄彰健『明代律例彙編 上冊』(中央研究院歴史語言研究所、一九七九年)に収められているものを参照。

⁶² 『諺解』卷一、名例律・五刑条、十七丁裏、十八丁表。

⁶³ 以下、『諺解』卷一、名例律・五刑条、十八丁表〜二十丁表。

⁶⁴ 『諺解』卷一、名例律・五刑条、二十丁表。

⁶⁵ この箇所については前述の「訂正一巻」において、内容が修正されているようである。

二十張、炒鉄ノ諺解云、徒罪流罪雜犯死罪タル者ハ、各各工役ヲ做シメ、駅站ニ擺シ、哨瞭ノ役ヲナサシム、各々ヨリナサシムト云マテヲ削リ除テ、京ニ在テハ工役ヲナサシメ、外ニ在テハ民ハ駅站ニ擺シ、軍人舍余人等ハ哨瞭ヲナサシム、此語ヲ書キ入ル、

(高塩「和歌山藩『大明律例諺解』の成立」三八〇頁)

以上のように、在京・在外、民人・軍人の区別が付け加えられた。

⁶⁶ 『諺解』卷一、名例律・五刑条、十六丁裏・十七丁表。

⁶⁷ ここで例として挙げている「車駕行処軍民衝入儀仗内」とは、「天子行幸ノ行列ヲツキワリテ出ルヲ云也」(『諺解』卷十五、兵律宮衛・衝突儀仗条、四十一丁表)とあるように、皇帝の行列に侵入する犯罪のことであり、絞に処せられるが、『諺解』の「死罪」の項目や「真犯雜犯死罪」においては雜犯死罪となっている。

三 高瀬学山の贖刑論

(一) 高瀬学山と「明律」関係著作

高瀬学山(一六六八〜一七四九。名は忠敦、字は喜朴〔また希樸など〕、学山は号。)は和歌山藩の儒学者であり、榊原篁洲や荻生徂徠と並ぶ「明律」の研究家として知られていた¹。学山には「明律」に関するものを含め多数の著作が存在したとされるが、今日現存する学山の著した明律注釈書は『大明律例訳義』および『大明律例詳解』の両書のみである²。以下、学山の「明律」研究上の主著ともいえる両書について説明しておきたい³。

①『大明律例訳義』

徳川吉宗の命を受けて、享保五年（一七二〇）に著された『大明律例訳義』は、首巻一卷、本文十二巻、末巻一卷の全十四巻からなる明律注釈書である⁴。本書は「明律」や「問刑条例」の原文を載せず、漢字平仮名混り文による和訳のみを載せている。訳文や割注による語句説明においては、当時の日本の社会制度や慣習に引き当てた表現を用い、条文ごとにその大意を注記するなど、平易明快な通釈となっている⁵。

本書の首巻および末巻には、学山自身が取りまとめた項目が存在する。首巻にある「律大意」は、『書経』『周礼』『論語』『孟子』などの儒教経典や、『漢書』『唐書』などの中国の正史、『大学衍義補』や『律例箋釈』といった書物から、刑政の要点を書き抜いて和訳し、三九箇条にまとめたものであり、学山の刑事行刑思想を示すものである⁶。この「律大意」においては、とくに『律例箋釈』すなわち、明代中国で編纂された明律注釈書である、王樵私箋、王肯堂集釈『大明律附例』（万曆四〇年（一六一二））⁷からの引用が多い。「律大意」全三九箇条のうち、『大明律附例』からの引用であるものは一六箇条にも及び、本書の学山への影響の大きさがうかがえる⁸。末巻には「罪名」「贖法」「本宗九族五服」の三つの項目が存在する。これらもまた中国の明律注釈書をもとに、学山が作成したものである⁹。

『大明律例訳義』が特に注目を集めるのは、その立法や実務への影響によってである。まず幕府の刑事法への影響としては、寛保期成立の私撰の幕府法律書『律令要略』の「序」が、『訳義』の「律大意」の抜粋要約であることが指摘されている¹⁰。諸藩の刑事法への影響としては、熊本藩と会津藩において『大明律例訳義』の利用が指摘されており¹¹、このほか複数の藩において、本書の写本が作成されたことが分かっている¹²。

『大明律例訳義』の刊本としては徳川吉宗への献上本である国立公文書館「内閣文庫」所蔵本を底本として翻刻がなされた、小林宏・高塩博編『高瀬喜朴著 大明律例訳義』（創文社、一九八九年）があり、本章においてはこれを利用した。

② 『大明律例詳解』

続いて『大明律例詳解』について紹介する¹³。本書は学山自身による自筆本として伝わっている明律注釈書であり、同一の内容のものが、東京大学法学部および国立公文書館「内閣文庫」に所蔵されている¹⁴。本書は序・総目一卷、律例詳解二巻・問刑条例詳解九巻の全三三巻・三一冊からなる。この「明律」と「問刑条例」とを分ける方法は、荻生徂徠の『明律国字解』と同様のものである。一方で注釈方法については、語句を四角で囲むなど『諺解』の方法に基づいている。それゆえ本書の体裁については、両書の折衷という評価が与えられている¹⁵。第一冊の冒頭には、延享二年（一七四五）の林信充の序と、延享元年の学山の自序があり、最終冊の末尾には寛保三年（一七四三）の奥書を備える¹⁶。学山の没年が寛延二年（一七四九）であることを考えると最晩年の業績と言え、まさに本書は彼の「明律」研究の成果を集大成し

た「高瀬喜朴畢生の書」¹⁷である。

もつとも注釈の中身については、柏原卓氏による「折衷と言えれば内容もしかりで、紀藩の篁洲『諺解』と護園の徂徠『国字解』の文言が、大量に取りこまれている。適当と判断した部分は長短にかかわらず一々断らずに本文に織りこんである。卷一名例律の五刑、十惡、八議の条の如きは、両書の切り継ぎの連続で、他に引証の漢文を追加してあるが、学山自身の文言は皆無に近い。これは極端としても、他の部分にも両書の文言が非常に多い。」¹⁸との評価があり、本書から学山自身の見解を見出すには検討を要する。本章においては、内閣文庫所蔵の『大明律例詳解』¹⁹を利用した。

このほか、学山の「明律」に関する見解を示すものとしては、すでに第二章において言及した、『大明律例詳解』の「参訂」作業（正徳三年（一七一三）における、贖刑についての記述、および『喜朴考』（享保五年（一七二〇））が存在する²⁰。本章においては、これらの著作を主な素材として、学山の贖刑理解や評価について検討したい。

（二）『大明律例詳解』参訂の記述

高瀬学山が正徳三年に行われた『大明律例詳解』の参訂作業に加わり、その際に、贖刑に対して肯定的な記述を残したことは第二章において述べた通りである²¹。小林過料刑論文では学山は当該参訂の文において、国家財政と仁恵の面から贖刑の採用に全面的に賛成していたとされていた²²。

当該記述は「訂正一卷」（「大明律例詳解訂正」）より、高塩博氏によって見出されたものである。当該記述において学山は元の篁洲の贖刑批判論を削除し、『諺解』の五刑条・死刑の項に自身の意見を加えるように述べていた²³。この贖刑を肯定した学山の見解は、二年後の正徳五年（一七一五）になされた『諺解』の「考正」作業で採用され、『諺解』の本文に取り込まれた。「考正本」に属する国立公文書館「内閣文庫」所蔵の『大明律例詳解』²⁴卷之一を見ると、「訂正一卷」の通りの修正がなされている。すなわち、内閣文庫所蔵本の流刑三においては、「流罪ニモ贖ヲ納ル法アリ」以降に続く贖刑批判論が削除されており、そして五刑条の末尾の「是五刑ノ総目也」以降に、以下の通り若干の異同はあるが、「訂正一卷」の記述がそのまま挿入されているのである。

夫贖ハ尚書ニ金作ニ贖刑ニ、此贖ノ始也。然レトモ其時ハ惟鞭・朴ノ二罪ヲ贖フコトヲナシテ、墨・劓・剕・宮・大辟等ノ如キニハ及ハズ。周礼ニモ未タ其事ナシ。惟周穆王、権宜ニ因テ国用ヲ足シ、且又万民ヲ全センタメニ、五刑トモニ並ニ贖フコトヲ免ス。然レハ五刑トモ

ニ贖フコトハ、周穆王ヨリ始レリ。漢文帝ニ至テハ既ニ肉刑ヲ除キ、更ニ複タガイニ減シテ徒・流・答・杖トナス。後世守レ之。漢武帝ノ時ニ、罪人ニ穀ヲ入レ、辺用ヲ足スヤウニセシカトモ、人ヲ殺シ盜ヲセシ者ハユルサズ。明律ハ唐律ニ本キ増損シテ贖ノ法較詳ナリ。死罪ノ囚トイヘトモ、雜犯ノ死罪ヲハ贖ヲユルス。尤罪ノ輕重ニ因テ贖銅ノ多少同シカラス。独_リ國用ノ足_ルニ非ス、民ヲ恵ムノ意深シ。

この記述において学山は「明律ハ唐律ニ本キ増損シテ贖ノ法較詳也」と述べているが、これより学山が「明律」の贖刑制度が「唐律」と比べても詳細なものであることを理解していたであろうことがうかがえる。さらにこれに続けて「死罪ノ囚トイヘトモ、雜犯ノ死罪ヲハ贖ヲユルス」と述べているが、言うまでもなく「雜犯死罪」は条例において贖罪の対象となつたものである。これより学山が想定し、また肯定する贖刑は例贖をも含むことが理解できよう。

ところで、本記述の大部分を占める贖刑の沿革についての一連の記述は、実は学山の独自の文章ではない。この箇所については前述の明代の明律注釈書である、『大明律附例』巻首「凶註」の「在外納贖諸例凶」に以下のような、ほとんど同じ内容の記述が存在するのである。

積曰。金作贖刑。上古之制也。然古制惟施於鞭朴二者而已。若墨劓。若荆宮。若大辟。則皆有所不及。即周礼秋官之法。亦未為之並及。惟至穆王作權宜足用之術。以全兆姓。則五刑並贖。實自周穆始。漢文景既除肉刑。更復通減。易之為徒流答杖。後世守之。漢武帝時。始創入穀實辺之議。而殺人及盜不与焉。明律一本唐律為增損。明因唐。唐實因乎漢。是以贖緩之法較詳。今因之。但所載折贖各凶。皆除真犯死罪外。自雜犯斬絞以至於答。無不各著以折贖收贖之例。……²⁵

学山が『大明律例訳義』の執筆にあたって『大明律附例』を参照しているということは、すでに指摘されていたのであったが、これによるならば『訳義』の執筆に先立つ『諺解』の参訂時にはすでに学山は『大明律附例』の影響を受けていたと考えられる。

小林氏は学山がこの参訂の文において『尚書』（『書経』）の記事を引いているものとされ²⁶、「蔡伝」や『音釈』等の『尚書』の注釈の影響を指摘されたのであるが²⁷、少なくとも本記述において学山は直接的には『大明律附例』の記述をほぼ全面的に引用しているのであり、学山の贖刑論に対する『大明律附例』の影響もまた注目されるべきであると考えられる。

(三) 『喜朴考』

以上の参訂の記述に続いて、学山が贖刑についての見解を述べているものが、『喜朴考』²⁸である。『喜朴考』（『律考』）は、徳川吉宗の近辺の学者たちの研究成果を収録した、『名家叢書』の一冊（第三六冊）である。本書には享保五年（一七二〇）に、学山と吉宗の間に交わされた、「明律」等に関する複数の諮問と回答が収録されている。本書に記された日付は冒頭から順に、十月四日・子四月・子四月十八日・五月八日・十月初十日・五月初八・子四月念陸日・五月十七日となっており、吉宗と学山の間にも幾度も問答が交わされたことが見て取れる²⁹。『喜朴考』の冒頭（十月四日付）には、篁洲の『大明律例諺解』における贖刑理解の是非についての吉宗の諮問と、それに対する学山の回答が載せられている。

諺解云、宋ノ仁宗ノ時、贖法ヲ立ント欲ス。議者曰、富人ハ贖ヲ以テ刑ニアタラズ、貧人ハ免ル、コトヲ不レ得シテ刑政不レ平ト云テ、其議遂ニ寢ヌ。日本近來、贖法ヲ不レ立。誠善政トアリ。此諺解ノ文言ニテハ、宋キリニテ贖法ハヤミタルヤウニ見ヘタリ。イカ、トノ御事。

ナルホト少シ文句不レ足ヤウニキコユレトモ、三流ノ罪已ニ重シ。然ルニ贖ヲユルスハ良法ニアラズト諺解ニイヘルハ、律ノ三流ノ贖法ニカ、リテ、明律ニ贖ノ法ヲ立タルコトヲ、ソシリタル者ニテ、アナガチ贖法ハ宋キリニテヤムト云ヘルトモ見ヘズ。贖法ノ悪キコトヲイヘルハ、作者一分ノ見解ナリ。然レバ諺解ノ通りニテモ苦シカルマジキ歟。然トモ贖法ハ世々用ヒ来リ、明ニ至テ尤詳ナリ。清ニモ其法ヲ廢セズ。蓋シ、イカヤウニシテモ助クベキ筋アレバ、人ヲ助ケタク思ヒ、ユルスベキ道アレバ、何トゾユルシタク思フ故ト見ヘタリ。誠仁政ノ一端ナリ。罪ヲ犯セバ貧富ヲイワズ、ノコサズ刑ニ行ハントスルハ、忍人（ムゴキヒト）ノ所為ニテ、天下ノ民ヲ子トスル大人ノ量ニハ非ズ。夫故、代々贖法ヲハ用ユルト見ヘタリ。且又、講解云、終ニ宋之世一、贖法惟及ニ輕罪ニ而已トアレバ、宋朝ニテモ罪ノ輕キヲバ贖フト見ヘタリ。諺解ニ書経ニハ輕罪ヲノミ贖フトアレトモ、書経ニ大辟疑肆、其罪千鍰トアレバ、死罪ヲモ疑キハ贖フト見ヘタリ。貧ナル者ノ贖フ力ナキ者ハ、笞・杖ハ打テスマシ、徒・流・雜犯ノ死罪、幾年ト年ヲキワメ做工サセ、又ハ擺站・哨瞭ナトサセテスマセバ、貧者モ刑ヲ免ズトハ云ヘカラズ。諺解ノ見ハ、代々ノ律意ニ合ハザルノミニ非ズ、忍人ノ説ニテ、人君ノ心ニハカナフベカラズ。³⁰

小林氏は本史料について経書の影響に関心を払われるとともに^{3.1}、学山が財力の無い者に笞杖はそのまま執行し、徒流や雜犯死罪は「做工」「擺站」「哨瞭」等の勞役に換えて執行するといった明の制を挙げていることにも注目されている^{3.2}。一方で「喜朴は正徳三年の参訂の文と同様、中国律の如く疑罪や過失殺傷罪に対しては、死罪を含むすべての犯罪に対し過料刑を適用すべきことを主張した。」^{3.3}とも述べられている。しかし、この記述において学山は做工・擺站・哨瞭といった、条例における贖罪の制度について説明しているのであり、過失殺傷罪といった律の收贖の場合にとどまらず贖刑を肯定していることがうかがえる。これらの制度は篁洲が『大明律例諺解』において、きわめて詳細に説明していたものである。『諺解』の参訂・考正の作業に携わった学山が、こうした贖刑の知識を『諺解』より得たということは容易に想像できるであろう。

引き続き『喜朴考』における、贖刑についての吉宗と学山との間の問答を見ていきたい。以下は先の問答に続いて載せられているものである（同じく十月四日付）。

徒罪ヲ犯シタル者ノ運輒・運灰ナトスルハ、徒ノ本罪ナルベキ歟トノ御事。

タシカナル證文ハ見アタラズトイヘトモ、運灰・運輒ヲ折銀ニテ納ル、ハ罪ヲ贖フニテ、自身ニ運灰・運輒ナトスルハ、徒ノ本罪ト見ヘタリ。^{3.4}

納贖には、「運輒」「運灰」といった物資の調達・運搬・納入を科すものがある。これと徒刑との関係について吉宗が質問している。運輒・運灰は徒刑の本刑であろうかと。おそらく先の場合と同じく、『諺解』の記述を読み、疑問を抱いたのであろう。これについて学山は、確かな証拠はないとしつつも、運輒・運灰を銀に換算（折銀）して納入するのが贖罪であり、自ら運輒・運灰などをするのは、徒刑の本刑であると述べている^{3.5}。

以上の問答は、十月四日付のものであったが、吉宗はこれ以前にも学山に贖刑について質問している。以下は四月十八日付の問答である。

五刑ノ鈔ニ、富人ハ贖ヲ以テ刑ニ不レ当、貧人ハ免ル、コト不レ得、刑政不レ平。日本ハ近世、贖法不レ立。故罪ヲ犯シタル者、貧富ヲ不レ論、皆法ニ依テ罪ニ坐ス。刑政正ク中ル。善政也トアリ。然トモ名例律ニ、有力者ハ財宝ヲ以テ罪ヲ贖ヒ、無力ノ者ハ塩ヲ煎シ、鉄ヲ炒テ罪ヲ贖フト見ヘタリ。然レバ貧人モ贖フコトナルト見ヘタリ。鈔ノ説イカ、トノ御事。

鈔ノ贖ト云ハ、專ラ金銀ヲ出シ罪ヲ全ク免ル、事ヲ指テ云ト見ヘタリ。有力者ハ錢鈔ヲ出シ罪ヲ贖フテナニモセザル処、貧人ハ做工ヲシ、擺站ヲシ、鉄ヲ炒、塩ヲ煎スルコトヲナス。故ニイヘルナルヘシ。³⁶

最初に引用したものと類似した質問である。「富人ハ……」以降は、『諺解』の五刑条・流刑三の贖刑批判論の要約である。この『諺解』の記述によるならば、貧者は贖刑の恩典にあずかれないことになる。しかし一方で「名例律」、すなわち名例律・五刑条の条例には、有力者は財貨によつて贖罪し、無力者であつても煎塩・炒鉄によつて贖罪できるという記述がある。そうであるならば貧者も贖罪できることになる。この矛盾について吉宗が質問している。これに対して学山は、有力者は錢鈔を出して贖罪し、貧者は做工・擺站・煎塩・炒鉄をすると述べて、吉宗の指摘に同意している³⁷。

以上『喜朴考』より、学山と吉宗との間に交わされた、贖刑についての問答を検討してきたが、双方ともに主として例贖について幾度も論じていることが理解できよう。

もつとも、律贖についての言及も存在しないわけではない。以下は幼年者への科刑方法等についての吉宗の諮問である。

幼少ナル者、罪ヲ犯シタル時ハ、相当ノ刑ヨリ減シ科ニ行フベキヤ。何歳ヨリ成人ノ者同前ニ刑ニ行フベキヤトノ御義。

按ニ名例律云、年七十以上十五以下及廢疾犯ニ流罪以下ニ收レ贖。此ノ意ハ、十五歳ヨリ下十歳マテノ者、真犯ノ死罪ヲ犯シタルハ原サズ、其外流罪ヨリ下ノ罪ヲ犯セバ、ミナ過代ヲ出サセテスマス。此ヨリ見レバ、十六歳ヨリ成人並ニ罪ニ行フト見ヘタリ。

又云、八十以上十歳以下及篤疾犯ニ殺レ人^レ心^レ死者議擬奏聞取ニ自レ上裁^レ。盜及傷レ人者亦收レ贖。余皆勿レ論。此意ハ、十歳ヨリ八歳マテノ者、真犯ノ死罪ヲ犯ストイヘトモ罪ニ不レ行。咎ノ次第ヲ吟味シテ奏聞シ上ノ旨ヲ伺ヒテスマス。外ノ罪ハ過料ヲモ出サセズ其通ニシテユルシ、但盜ヲシ人ニ手疵ヲ負セタル時バカリ過料ヲ出サスル也。

又云、九十以上七歳以下雖レ有ニ死罪ニ不レ加レ刑。此ハ七歳ヨリ下ノ幼稚ノ者ハ、死罪ニ行フベキ者トイヘトモ、罪ニ不レ行コトヲ云。以上ノ説ヲ見レバ、幼少ノ者ノ罪ヲ犯スハ、成人ノ者トハ同シカラズト見ヘタリ。³⁸

この問答は「公事方御定書」における幼年者処罰規定に影響を与えたとして、すでに取り上げられているものである³⁹。ここで学山は、名例律・老小廢疾收贖条を引用し、「過代ヲ出サセテスマス」「過料ヲ出サスル也」と、幼年者への科刑に贖刑が用いられていることを指摘して

いる。このほか犯罪存留養親条の説明として徒・流の場合には「過料」を出させると学山が述べている箇所もある⁴⁰。このように学山は律贖をも考慮に入れていたのではあるが、吉宗との度重なる問答で見たように、基本的にはより広範に適用される例贖に関心があったと考えられる。

(四) 『大明律例訳義』

① 「律大意」

『大明律例訳義』における学山の贖刑に対する見解を検討するには、第一に、『訳義』の首巻に設けられた「律大意」に着目しなければならぬ。前述の通り、ここに学山の刑事行刑思想の要点が示されていると考えられるからである。この「律大意」の一箇条には、以下のよう

に贖刑について言及したものが存在する。

役人たる者、むかしよりの仕くせにならふて、犯人をとらゆると、直に監に入れ、倉入をさする事をす。一人牢へ入ると、其者の一家のうれひなげき、おそれかなしむ事いふはかりなし。その人により、老親あつて妻女のなきもあり。少き女房ばかりにて、小侄の類のなきもあり。家貧に路遠く、牢屋のみつきをする事のならぬもあり。或ハ家に病人あるもあり。又ハ其身病氣ある者もあり。或ハ寒き冬の比、綿入の衣る物を着ぬ者もあり。又ハ其身空手（一銭も、もたぬ也。）枵腹（空腹）にて、牢屋の役人をたのみ、手入する事ならぬもあり。たとへ其人ハ死すべき咎なりとも、役人たる者ハ、随分に思ひやり、その者の心になりて、諸事をくみはかるべし。いはんや軽く小きなる事にて、牢に入るゝと云事ハあるまじき事なり。民の父母たる者、此段をおもふべし。国々処々の役人の手前にて、死罪に行ふべきと、軍に充つると、擺站する者と、官へ入れ、官へ還す贓物ある者の、牢へ入ねばならぬ者ハ各別、其外は徒罪といへども、有レ力罪を贖ふべき者と、及び杖一百以下、贖をいべき囚犯人ハ、請合を立て、其処に預け置て、其身家に居りて、贖料を才覚し、日限の通りに出して、すますやうにすべし。 律例箋釈 41

犯罪者を監獄に拘禁する際の注意点について述べた条目である。本条目では役人が安易に犯罪者を捕え拘禁することを強く戒めている。そ

の理由として本条目は、犯罪者本人が拘禁されることにより、その者の家族が、いかに困窮するかについて事細かに述べ、また犯罪者自身が病身であったり、貧困であったりする場合についても注意を促している。そして役人はたとえ死刑となる囚人であっても、親身になって配慮すべきであるとし、いわんや軽微な犯罪で、犯罪者を拘禁することは、あつてはならないと述べる。そして死罪や充軍・擺站・贖法などで拘禁する以外は、徒罪であっても資力があるならば、贖を徴収してすますべきであるとして結んでいる⁴²。

ところで、末尾に『律例箋釈』とあることから分かるが、本条目は、『大明律附例』（『律例箋釈』）からの引用である。この『大明律附例』には「慎刑説」という項目が存在する。「律大意」において『律例箋釈』と書かれた条目は、この「慎刑説」から選んで和訳したものであり⁴³、ここに引用した条目もまた、以下に引用するように、この「慎刑説」に、同じ内容のものが存在している。

有司習於故套。拘攝人犯。動輒送監送倉。不知一人在禁。一家憂惶。或有老親而無妻室者。或有少婦而無子姪者。或家貧路遠。不能供給者。或家有病人。或自身抱病者。或冬寒而身無綿衣者。或空手枵腹。無錢打点牢獄者。即使其人当死。亦応曲体其心。況於輕小事情。豈宜泛繫之獄。為民父母。亟宜念茲。各府州県衛衙門除死罪与充軍擺站人犯。及入官還官贓物。俱應収禁追比外。其有力徒罪。及杖一百以下贖決等犯。止令干証保領。聽其寧家。轉辦。限期完納。……⁴⁴

したがって、ここで述べられた内容は学山独自のものではないのではあるが、本内容を抜粋・和訳し、自らの著書の冒頭に掲げたということから考えて、これを学山の刑事思想として捉えてもよいだろう。

学山はすでに参訂の記述において「民ヲ恵ムノ意深シ」と述べ、また『喜朴考』において「誠仁政ノ一端ナリ」と述べて、贖刑が人民に仁恵を施す制度であることを強調していたのであるが、ここにおいても学山は、犯罪者やその家族への配慮という、仁政の観点から贖刑を大いに評価している。あるいは学山のこの贖刑に対する好意的な態度は、『大明律附例』の「慎刑説」に由来すると想定することも可能であろう。

② 「贖法」「罪名」

学山が贖刑に強い関心を抱いていたことは、末巻の「罪名」および「贖法」という両項目からも読み取ることができる。前後は逆転するが、先に「贖法」の方より検討することにした。

まず「贖法」⁴⁵という題名に付された説明であるが、「律と条例とのかはりあり。律の立たる所^{メテ}ハ、在京在外の差別なくして、条例には内

外のたがひあり。」⁴⁶と述べて、贖刑には律によるものと、条例によるものとがあることを述べている。

本項目は、「6」[律の贖法]・「7」[収^{ムル}贖^{アカセテ}法]・「8」[徒限内収^ム贖^テ]・「9」[在京納^{ニイレ、アカナヒテ}贖^テ諸例]・「10」[在外納^{ニイレ、アカナヒテ}贖^テ諸例]・「11」[律収^{ムル}贖^{アカナヒテ}鈔]・「12」[例贖^{アカナフ}罪鈔]・「13」[錢鈔兼収^{センシヤウカネオサム}]・「14」[折杖]・「15」[雜犯又犯者贖^{フカスモノアカナヒシヤ}鈔]の全十条から成っている(以下、かつこ内の番号は引用元より)。

本項目の内容については、「律の贖法」は名例の五刑をもとに作成したと思われるが、他はおもに明律注釈書の附図(六贖図、在京納贖例図、在外納贖諸例図、収贖鈔図)にもとづいたと考えられる。⁴⁷との指摘がある。

各条目にも学山による注記が存在する。これを参考にそれぞれの条目を詳しく見ていくことにしたい。「6」[律の贖法]は指摘の通り、五刑条の贖銅錢の記述を転載したものである。「7」[収贖法]は誣告の場合の収贖、「8」[徒限内収贖]は、徒刑の刑期中に七〇歳や廢疾となつた場合の収贖に関するものである。これに続いて「例にハ在京在外の差別あり。左に録す。」⁴⁸として、納贖に関する条目が続く。

「9」[在京納贖諸例]⁴⁹には、納贖の方法の名称とともに、勞役の年数や納める物資の量、折銀の額が列挙されている。そしてこれも学山による割注による注記が付けられている。以下順番に名称と、その注記を並べると、「做工」(做工^{ソコウ})は、作事方・普請方、其外役所・人足等の入る所へ遣して、はたらかせて、罪をあがなはする事なり。、「納米」(米を納れて、罪をあがなふを云。)、^{ナウベイ}「運灰」(石灰を運で、罪をあがなふを云。)、^{ウンセン}「運甌」(しきかハラをはこびて、罪をあがなふを云。)、^{ウンサイセン}「運碎甌」(碎けたるかハラを、はこぶ事なり。)、^{イシハイ}「運水和炭」(炭をはこぶ事か。水和炭未^{ウンセキ}詳。)、^{フウツセツセン}「老疾折錢」(老人廢疾の者、罪を贖ふを、錢に直すを云。)³とあつて、容易にその内容を知ることができるようになってゐる。

次の「10」[在外納贖諸例]においても、「有力の者ハ、米を納れしむ」、「稍有力者」(做工^{アタヒ}の価を云。)⁵⁰として、同様に名称に注記を行うとともに、別途以下のような注釈を入れている。

無力^{ブルヨク}・有力^{イウリヨク}・稍有力^{シヤウイウリヨク}の三等を分ツ。無力は、家貧にして、罪をあがなふ力なきを云。有力ハ、家富貴^{フウキ}にして、罪をあがなふ力あるを云。稍有力ハ、二品の間にして、やうく出す事のなるを云。

無力の者は、答罪より杖二百迄ハ、定めを通り、罪次第に打てすまし、徒一年より雜犯死罪迄は、其年数程、民ハ擺站^{ハイセン}せしめ、軍をば哨

瞭せしむ。内軍官の職事ある者ハ、雜犯の死罪ハ、五年立功せしめ、力ある者なれば、米を納れしめ、その年数過ると、本の職にかへして、帶俸差操せしむ。

以上のように、有力・稍有力の者は、納米や、做工の価によって贖罪でき、無力の者であっても、擺站・哨瞭によって贖罪できることが理解可能な説明となっている。

続いて「罪名」⁵¹の項目に移りたい。「罪名」という項目は、真犯死罪・雜犯死罪の一覧表であり、これもまた『大明律附例』を参照しているようである⁵²。前章において検討した『大明律例諺解』の「死罪」に相当する項目である。

ここで学山は、「3」「雜犯死罪」の説明として、「同じ死罪の内にも、罪ハ重く、其ころはあはれむべくして、贖をゆるす者を云。」⁵³と述べて、「雜犯死罪」が、死罪の中でも贖が許されるものであることを指摘している。この一文は、篁洲が『大明律例諺解』において、「雜犯ハ罪ヲ云へハ甚重ケレトモ、本過失ヨリ出其情宥ムヘキ者」⁵⁴と述べていたのと類似する。

「贖法」と「罪名」にあたる項目に対する注釈を、共に備えた日本の明律注釈書は『大明律例訳義』が唯一である。『大明律例諺解』は「訳義」の「罪名」にあたる「死罪」の項目を持つのみであり、さらに『明律国字解』は両者の注釈を欠いている。明代の贖刑を理解する上で重要な、両項目に対する注釈を備える『大明律例訳義』を見ると、学山が贖刑をいかに重視していたかということが理解できるであろう。

③本文

続いて『大明律例訳義』の本文から、学山が贖刑をどのように評価していたのか検討したいのであるが、『訳義』の本文は基本的に「明律」と「問刑条例」の和訳から成っており、『大明律例諺解』のように条文の趣旨や、その理念を論じることはほとんどない。よって学山自身の言葉を見出すことは容易ではない。しかしながら、各条文に注記された当該条文の大意や、必要に応じて挿入されている割注においては、学山自身の言葉による説明がなされている。

『喜朴考』においても言及された、「21」名例律・老小廢疾収贖条の大意を一例として以下に掲げる。

老人と小兒と廢疾の者とは、たとへ罪を犯したりとても、刑罰には不レ行、錢鈔を出させて罪をゆるすをいふ。⁵⁵

また五刑条の条例の訳文を抜粋して掲げると以下の通りである。

……此類は、笞杖徒流にすべき罪、又死罪といへども、雜犯とて、過代に金銀を出せば、ゆるすほどの罪を犯したる分ハ、過代に炭を運せ、(運炭と云。)石灰イシハイを運せ、(運灰と云。)輒シキカハラをはこぼせ、(運輒と云。)又は米を上納させ、(納米と云。)又は直に炭・石灰を納させ、(納料と云。)などして、罪を贖ハしむ。(炭をはこび、石灰等をはこぶとも、犯人に自身はこバするにあらず、はこぶほどの賃金を出さするなり。)……過代を出せば、罪を免ユルすはづの者といへども、無力にして、(無力とは勝手不如意にして、過代を出すちからなきをいふ。)金銀を出すことのならぬ者ハ、笞罪杖罪の分ハ、直に定りたるほど打てすまず。若徒罪流罪か、又ハ雜犯の死罪などを犯して、過代を出す事のならぬ者ハ、もし在京の者なれば、作事方へやりて做工ソコウせしむ。(做工は、犯人トカシを作事の事につかふをいふ。炭灰をはこぶことも、そのうちにあり。)国々の者なれば、百姓をば擺站ハイセンせしめ、(擺站ハ、宿次の伝馬人足にするなり。)軍人(武士)なれば哨瞭シヤウリヤウせしむ。(哨瞭は、哨台といふ遠見番所につかハし、昼夜遠見番をさするなり。)その内、罪重き者にハ、塩をやかせ、鉄をふかす事をさせて、罪を贖ハしむ。死罪の者には五年、流罪ハ四年、徒罪ハ、徒の年数ほど勉めさする也。……^{5 6}

贖を「過代」と訳すのは、これまで見てきた通り学山の定訳である。割注の説明にある「伝馬人足」のような用語は、当時の日本の制度を反映させた、『訳義』特有の平易な和訳の好例であろう。「炭をはこび、石灰等をはこぶとも、犯人に自身はこバするにあらず、はこぶほどの賃金を出さするなり。」というの、単なる和訳ではない学山自身による説明であるが、これは篁洲の『諺解』の同箇所に見える、「必スシモ犯人ノ本身ヲ拘役スルニ非ス。此工コウヲ雇ヤトフ賃銀ヲ出サシムル也。」^{5 7}という文章と類似している。ここにおいても、学山が『諺解』の注釈を参考としていることがうかがえる。

(五) 『大明律例詳解』

続いて学山晩年の著作である『大明律例詳解』について検討していきたい。

『詳解』の名例律・五刑条・流刑三の注には以下のように、榊原篁洲の贖刑論を批判した記述が存在することが知られている⁵⁸。

凡ソ贖ト云、罪ノカワリニ物ヲ出シテ罪ヲ免ル、ヲ云。今ノ世ノ過料也。答罪ヨリ死罪ニ至テ皆、贖法ヲ載ス。我同寮、榊原玄輔、其説ヲ不レ然。律例諺解ヲ作ル時曰、三流罪已ニ重シ。猶贖ヲ收ルハ良法ニ非ス。然レトモ歴代贖ム。但、宋ノ世ニハ輕罪ヲノミ贖ヲ用ユ。仁宗ノ時贖法ヲ立ント欲。議者曰、富人ハ贖ヲ以テ刑ニ中ラス、貧人ハ免ル、コトヲ不レ得シテ、刑政不平ト云。其事遂ニ寢ヌ。日本近世、贖法ヲ不立。故ニ罪人ノ貧富ニ拘ラス刑罰均ク当ル。誠善政也。

今朝在紀藩大ニ玄輔カ説ヲ是トセズ。撲ニ命シテ諺解ヲ校正セシムル。其説ヲ刊ラシム。詳ナルコト撲カ唐律諺解ニ載ス。故ニ今此ニ不記。⁵⁹

徳川吉宗は和歌山藩主の時代にはすでに、以上のような篁洲（玄輔）の贖刑に対する見解を是とせず、そこで学山に『詳解』の校正を命じて、贖刑についての記述を削除させた⁶⁰と述べる。『詳解』を校正して、その贖刑の説を削除したというのは、先に挙げた参訂の記述のことであると思われる。

吉宗が実際に、篁洲の見解に対して否定的だったかについては留保が必要だが（前述の『喜朴考』の記述によれば、吉宗が篁洲の意見に疑問を抱いていたことは事実であろう）⁶⁰、学山が早い時期から篁洲の贖刑論に対して批判的であり、晩年に当たる『詳解』の執筆時においてもなお、こうした見解を有していたことが理解できる。なお、学山は自身の論の詳細を『唐律諺解』に載せたとするが、『唐律諺解』については今日未詳である⁶¹。

『詳解』の注釈については、すでに述べた通り篁洲の『大明律例諺解』と荻生徂徠の『明律国字解』の折衷という評価が与えられており、たとえば五刑条附の条例に対する注釈の冒頭部分を見ても、「此条ハ、本律ニ五刑ヲ立タレトモ、太平日久シク、刑法嚴酷ニ過ルコトアリ。ソレヲ厭テ刑ノ名ハ其儘立置ナカラ、的決ト贖罪ノ品ヲ分テ載タリ。」⁶²と、徂徠の『国字解』の記述⁶³をそのままであり、以降の注釈もまた『詳解』と『国字解』との折衷である。その他、名例律の条文を見ても、両書の折衷という印象を受ける。

このように『大明律例詳解』から、学山独自の贖刑についての見解を見出すのは困難なのではあるが、「今朝在紀藩大ニ玄輔カ説ヲ是トセズ」の記述からは、少なくとも、学山が晩年に至るまで、自身の贖刑肯定論に自信を抱いていたことがうかがえる。

高瀬学山の贖刑論について、本章で明らかとなったことをまとめておきたい。

第一に、学山が贖刑に全面的に賛成していることは、先行研究において指摘されていたのであったが、それは律における收贖（律贖）の場合にとどまらず、条例における贖罪・納贖（例贖）をも含むものであることが判明した。学山は『大明律例諺解』の参訂の記述では、「雜犯ノ死罪」にも贖が許されることを述べており、『喜朴考』では、做工・擺站・哨瞭などによる贖罪について、吉宗の諮問に答える形で論じていた。そして『大明律例訳義』の「律大意」においては、『大明律附例』の「慎刑説」を引く形で、徒罪であっても資力があるならば、贖刑を適用すべきことを主張していた。学山が贖刑について、老幼廢疾や過失殺傷といった、律贖を想定していたことは言うまでもないであろうが、例贖についても全面的に賛成していたと思われるのである。

第二に、従来、学山の贖刑論に対しては『書経』やその注釈書の影響が指摘されていたが、本章での検討の結果、学山は贖刑について論じるにあたって、『大明律附例』（『律例箋釈』）の記述を幾度も引用・参照しており、その影響を強く受けていると思われることが判明した。『訳義』の「律大意」や、『喜朴考』における『大明律附例』の利用については、すでに指摘が存在したのであるが、その内容について本章で改めて確認した。それとともに『諺解』参訂の記述には、すでに『大明律附例』の影響があることを新たに示した。もつとも儒学者たる学山が、『書経』などの影響を受けていないと考えることもできないのであり、従来の指摘も看過できない。しかしながら、こうした儒教文献の影響はあるとしても、より直接的には、中国から輸入された明律注釈書の影響を強く受けていると考える方が妥当であると思われる。

第三に、学山は篁洲の贖刑論を批判していたのではあったが、特に『大明律例訳義』において、しばしば篁洲の『大明律例諺解』の説を用いていることが明らかとなった。『訳義』をめぐることは、「喜朴は『諺解』を補訂した一人であるから、『訳義』著述にあたってこの書を参照したであろうことは言うまでもないが、『諺解』の注釈をどのように活用しているかの具体的な検証も今後の課題である。」⁶⁴とされていたが、本章の検討により、学山による『諺解』利用の実態が、少なからず明らかに became と思われる。

『喜朴考』における学山の回答を見るならば、学山は幕府刑法への贖刑の導入に積極的であったと言えるであろう。周知のように、幕府によって贖刑が採用されることはなかった。しかし藩法においては、贖刑の制度を有するものがあることが知られている。前述のように学山の『大明律例訳義』は、熊本藩や会津藩など諸藩に影響を与えているのである。こうした諸藩の刑法において、贖刑がどのように立法されているか、今後検討がなされなければならない。

1 第二章注(1)『先哲叢談後編一』一二四頁参照。

2 小林・高塩『大明律例訳義』所収、高塩博『大明律例訳義』について「七一〇〜七一二頁参照。初出は第二章注(2)『日本律の基礎的研究』。以下【高塩訳義解説】。

3 このほか高瀬学山の「明律」に関する著作について言及した主な研究としては、第二章注(2)松下『紀州の藩学』第七章、高塩「東京大学法学部所蔵の明律註釈書」、高塩「和歌山藩『大明律例諺解』の成立」、高塩「江戸時代享保期の明律研究とその影響」、小早川論文、Henderson 論文、同注(3)大庭「江戸時代における中国文化受容の研究」第三章第二節第二項「徳川吉宗と高瀬学山」、柏原卓「国語資料としてみた高瀬学山の明律注釈書について」(『語文研究』第五二・五三合併号、一九八二年)、福井保『江戸幕府編纂物 解説編』(雄松堂出版、一九八三年)一七一〜一七三頁参照。学山の律学以外の分野については、李基原『徂徠学と朝鮮儒学』第五章「徂徠学の周辺の世界(二)——反春台論としての『聖学問答』批判書の公刊——」(ぺりかん社、二〇一一年)があり、学山が執筆した太宰春台の『聖学問答』批判書である『非聖学問答』を取り上げている。

4 『大明律例訳義』についてはおもに、松下『紀州の藩学』一三三・一三四頁、柏原論文・一二八〜一三一頁、高塩訳義解説を参照。

5 高塩訳義解説・七一八・七一九頁参照。

6 高塩訳義解説・七二〇頁参照。

7 王樵私箋、王肯堂集釈『大明律附例』(『律例箋釈』)については、瀧川政次郎「明代刑法典概説(二・完)」(『法学協会雑誌』第六〇巻第七号、一九四二年)一一九頁(註三)、谷井俊仁「王樵の著述出版活動」(磯部彰編集『東アジア出版文化研究 こはく』知泉書館、二〇〇四年)参照。本書は、王樵の『読律私箋』に、息子の王肯堂が注釈を増補して成立した明律注釈書である。清代においても、康熙三〇年(一六九一)に、『王肯堂箋釈』として復刊されており高い評価がなされていた(谷井「王樵の著述出版活動」六一・一〇二・一〇三頁参照)。榊原篁洲が『大明律例諺解』の執筆にあたって用いた書物の中にも、『明律箋釈』の名前が見えている(高塩訳義解説・七二三頁参照)。

『大明律附例』は、国立公文書館「内閣文庫」に、昌平坂学問所旧蔵の万曆刊本(請求番号…29610002)が所蔵されている。また、『王肯堂箋釈』(『王儀部先生箋釈』)の影印が、楊一凡編『中国律学文献』第二輯第三―五冊(黒龍江人民出版社、二〇〇五年)に収められている。

⁸ 高塩訳義解説・七二〇～七二二頁参照。また『喜朴考』における『大明律附例』（『律例箋釈』）の利用については、小林中国法論文・三九・四〇頁参照。

⁹ 高塩訳義解説・七二二頁参照。

¹⁰ 高塩訳義解説・七二九・七三〇頁、高塩博「律令要略」について——「公事方御定書」編纂期における私撰の幕府法律書——」（第二章注（2））高塩『江戸幕府法の基礎的研究』一七六～一七九頁参照。

¹¹ 高塩訳義解説・七三〇～七三二頁、小林宏「熊本藩と『大明律例訳義』（小林『日本における立法と法解釈の史的研究』第二卷所収、初出は小林・高塩『大明律例訳義』、高塩博「会津藩における『大明律例訳義』の参酌」（池田温編『日中律令制の諸相』東方書店、二〇〇二年、後に高塩博『近世諸藩の法と刑罰』成文堂、二〇二一年に再録）参照。

¹² 高塩訳義解説・七三四頁以下参照。

¹³ 『大明律例詳解』についてはおもに、柏原論文・一三二～一三四頁、高塩「東京大学法学部所蔵の明律註釈書」三六一～三六五頁を参照。

¹⁴ 高塩「東京大学法学部所蔵の明律註釈書」三六一～三六五頁参照。

¹⁵ 柏原論文・一三三頁、高塩「東京大学法学部所蔵の明律註釈書」三六一・三六二頁参照。

¹⁶ 高塩「東京大学法学部所蔵の明律註釈書」三六一頁参照。

¹⁷ 同・三六二頁。

¹⁸ 柏原論文・一三三頁。

¹⁹ 『大明律例詳解』（国立公文書館「内閣文庫」、請求番号…182-0599）。

国立公文書館デジタルアーカイブ

<https://www.digital.archives.go.jp/item/3947207>

²⁰ 以上の著作のほかに、学山の「明律」に関する業績としては、正徳二年（一七一一）になされた、朝鮮の明律注釈書である『大明律直解』への加點がある。学山によって加點の行われた同書は、『大明律』（請求番号…295-0101）という書名で、国立公文書館に所蔵されている。本書には学山による校勘の書き込みが存在するが、私見が多く述べられているわけではない（柏原論文・一二七・一二八頁参照）。『明律考』もまた学山の著作とされるが、荻生徂徠であるという説も存在するなど明らかではない（松下『紀州の藩学』一六〇～一

六六頁、柏原前掲論文・一三四・一三五頁、柏原卓『明律考』三本の比較』『和歌山大学教育学部紀要 人文科学』第三〇集、一九八一年参照)。このほか、学山には『唐律解』や『唐律諺解』など、「唐律」に関する著作も存在したが、これらも今日伝わっていない(高塩訳義解説・七一〇～七一二頁参照)。国立国会図書館所蔵の『故唐律通俗拙記』が学山の著作とされるが(同・七一二頁参照)、一方で、土佐藩の儒者、田内菜園の著作ともされており(小林中国法論文・三六頁参照)、未詳である。

²¹ 『諺解』の参訂には、榊原霞洲や鳥井春沢といった、学山以外の学者も参加しているため、当該記述は必ずしも学山のものとは断定できないが、学山が参訂者の一人であり、内容が後述の『喜朴考』のものと同趣旨であることから、学山の文として扱われている(小林過料刑論文・九〇頁(2)参照)。後に見るように、『大明律例詳解』において、学山自身が篁洲の説を削ったと述べていることから、当該記述は学山のものと考えて間違いないと思われる。この点については、高塩前掲「和歌山藩『大明律例諺解』の成立」三八六、三九五頁参照。

²² 小林過料刑論文・七三頁参照。

²³ 高塩「和歌山藩『大明律例諺解』の成立」三八三・三八四頁参照。

²⁴ 『大明律例諺解』(請求番号・18210579)。文政七年(一八二四)、川越藩主・松平齐典写。旧内務省蔵本。同書については、高塩「和歌山藩『大明律例諺解』の成立」三八八頁以下参照。

国立公文書館デジタルアーカイブ

<https://www.digital.archives.go.jp/item/4176741>

²⁵ 『中国律学文献』第二輯第三冊、六八・六九頁。内閣文庫所蔵の『大明律附例』にはこの「凶註」が存在しない。

²⁶ 小林過料刑論文・七三頁参照。

²⁷ 小林過料刑論文・七九～八一・八六・八七頁等参照。

²⁸ 『名家叢書』第三六冊『喜朴考』(国立公文書館所蔵、請求番号・特06310001)。

国立公文書館デジタルアーカイブ

<https://www.digital.archives.go.jp/item/763626>

関西大学東西学術研究所『国立公文書館内閣文庫蔵 名家叢書 中』(関西大学出版部、一九八一年)に影印が掲載されている。以下、『喜朴考』の引用は本書における頁を示す。本書の概要については、同下巻(一九八二年)の、大庭脩『名家叢書』解題』および、大庭『江戸時代における中国文化受容の研究』二二二・二三三頁を参照。

- 2 9 大庭『江戸時代における中国文化受容の研究』二三三頁参照。
- 3 0 『喜朴考』一三四・一三五頁。なお原文では、ほとんどの漢字に片仮名で読み仮名が振られているが、本引用では一部を除いて省略した。また、送り仮名についても省略した箇所がある。
- 3 1 小林過料刑論文・八四頁参照。
- 3 2 小林過料刑論文・八三頁参照。
- 3 3 小林過料刑論文・八四頁。
- 3 4 『喜朴考』一三五・一三六頁。
- 3 5 この学山の回答は誤りのようである。運輒・運灰等は贖罪の形態とされており、一方、徒刑の正規の役務内容は「煎塩」「炒鉄」である（滋賀秀三「法典編纂の歴史」滋賀秀三『中国法制史論集（法典と刑罰）』創文社、二〇〇三年、二三四・二三五頁参照）。
- 3 6 『喜朴考』一四九頁。高塩「和歌山藩『大明律例諺解』の成立」三八七頁（8）もまた参照。
- 3 7 このほか吉宗が、舍余・小旗の「過代ノ金銀」に言及しているものがある（『喜朴考』一三八頁）。
- 3 8 『喜朴考』一三七・一三八頁。
- 3 9 小林中国法論文・四三〜四六頁参照。
- 4 0 『喜朴考』一五〇・一五一頁。
- 4 1 『大明律例訳義』一七頁（33）。以下、割注はかっこ内に収めた。
- 4 2 なお、「律大意」の影響を受けたとされる『律令要略』「序」には、このような贖刑についての言及は存在しない（石井良助編『近世法制史料叢書 二』創文社、一九五九年所収『律令要略』二九七〜二九九頁参照）。
- 4 3 高塩訳義解説・七二二頁参照。
- 4 4 『中国律学文献』第二輯第五冊、四六九・四七〇頁。
- 4 5 『大明律例訳義』六七四頁以下。
- 4 6 『大明律例訳義』六七四頁。
- 4 7 高塩訳義解説・七二二頁。
- 4 8 『大明律例訳義』六七七頁。

- 4 9 『大明律例訳義』六七七頁以下。
- 5 0 『大明律例訳義』六八五・六八六頁。
- 5 1 『大明律例訳義』六四五頁以下。
- 5 2 高塩訳義解説・七二二頁参照。
- 5 3 『大明律例訳義』六六七頁。
- 5 4 『大明律例詳解』（第二章前掲、国会図書館本）巻一、十七丁表。
- 5 5 『大明律例訳義』一一一頁。
- 5 6 『大明律例訳義』五九頁。
- 5 7 『大明律例詳解』（国会図書館本）巻一、十七丁表。
- 5 8 柏原「国語資料としてみた高瀬学山の明律注釈書について」一二九頁、高塩「和歌山藩『大明律例詳解』の成立」三八六頁参照。
- 5 9 『大明律例詳解』巻之一。
- 6 0 高塩氏も学山の表現の誇張を指摘している（高塩「和歌山藩『大明律例詳解』の成立」三八六頁参照）。
- 6 1 前掲注（20）参照。
- 6 2 『大明律例詳解』巻之二十二。
- 6 3 当該箇所は、徂徠物茂卿著、内田智雄・日原利國校訂『律例対照 定本明律国字解』（創文社、一九六六年）五五六頁。
- 6 4 高塩訳義解説・七二〇頁。

四 荻生徂徠の贖刑論

（一）荻生徂徠・北溪の「明律」研究

荻生徂徠（一六六六～一七二八）。荻生徂徠、名は双松、字は茂卿、通称は惣右衛門、徂徠は号。）¹および、弟の荻生北溪（一六六九～一七五四）。荻生北溪、名は観、字は叔達、通称は惣七郎、北溪は号。）²は、近世日本における「明律」を中心とした中国法研究に大きな貢献をした学者である。とりわけ徂徠は榊原篁洲や高瀬学山らと並んで、代表的な律の研究家とみなされており、特に学山と「明律」の研究に関して

交流があったことが知られている³。徂徠が『政談』の提出等、徳川吉宗の諮問に応じていたことは広く知られており、吉宗への影響という点においても、篁洲や学山とともに、注目されるべき学者であることは言うまでもない。

しかしながら、小早川論文や小林中国法論文、小林過料刑論文等の吉宗の贖刑受容をめぐる諸研究においては、徂徠の贖刑についての見解は取り上げられていないか、あるいは後に確認するように、贖刑に関する意見としては認識されていない。したがって本章においては、従来注目されることのなかった徂徠の贖刑論について検討を加えたいと思う。

徂徠および北溪の「明律」に関係する著作としては、北溪の『官准刊行明律』と『明律訳』、徂徠『明律国字解』の三部を挙げることができ⁴。以下、これらの著作について確認していきたい。

①『官准刊行明律』（『享保刊行明律』また『物観本明律』『訓点本明律』など）は、「明律」および「万暦問刑条例」に、徳川吉宗の命を受けた北溪が訓点を加えたものである（『明律』三〇巻六冊、「問刑条例」三冊）。享保七年（一七二二）十月跋の本書は、翌年の享保八年に、江戸および京都の書肆より刊行された⁵。北溪による跋⁶によって知られるように、『官准刊行明律』の刊行目的は「明律」を全国に広く流布させることにあり、そしてそれは吉宗の意図だったとされる⁷。本書は江戸時代を通して幾度も複数の書店から刊行され、明治三年（一八七〇）にも復刊がなされている⁸。『官准刊行明律』は『明律国字解』とともに、徂徠物茂卿著、内田智雄・日原利國校訂『律例対照 定本明律国字解』（創文社、一九六六年）に翻刻されており、また影印が大庭脩『荻生北溪集』⁹に収められているので、これらを参照した。この「明律」への加点到先行して、北溪が「明律」の研究を主宰していたことが知られている¹⁰。この研究会には、服部南郭といった徂徠の高弟や、松平乗邑のような大名らも参加しており、徂徠もまたこの研究会に加わっていたとされる¹¹。以上のような「明律」研究の産物として生み出されたものが、北溪の『明律訳』と徂徠の『明律国字解』である。

②『明律訳』は北溪の手による享保九年（一七二四）成立の「明律」の通釈（三〇巻五冊）であり、国立公文書館「内閣文庫」所蔵の写本が唯一知られている¹²。なお本書には「問刑条例」は含まれていない¹³。本書もまた『荻生北溪集』に翻刻されている¹⁴。

③『明律国字解』は漢字片仮名混じり文による「明律」および「問刑条例」の注釈書であり、語句の解釈を中心としている¹⁵。本書の徂徠自筆本には序文も跋文もなく、したがって未完成の著作なのであるが¹⁶、本書が『官准刊行明律』刊行のための副次的著作物であったという点から、『官准刊行明律』の完成した享保七年（一七二二）末頃までには成立していたと考えられている¹⁷。本書は一部の徂徠の盟者を除いて秘せられていたのではあるが¹⁸、後には諸藩にも流布し、天保期には「拙修齋叢書」の一つとして、幕末あるいは明治初期には「四文楼活版」と称して刊行されるに至った¹⁹。

こうした徂徠および北溪による「明律」研究について、大庭脩氏は以下のように評している。

江戸時代の明律研究の中で、最も早くできた榊原篁洲の『大明律例諺解』も、それを修正する作業から始めてやがて独自に作った高瀬学山の『大明律例訳義』も、共に句読訓点の読み下し作業と、語釈と、和訳とが一つになっている。江戸時代の明律研究にはこの三つの作業があつた。ところが護園においては、訓点加點の作業は荻生北溪が、語釈は明律国字解及び明律考を徂徠が、そして通釈を北溪が明律訳で果していると考えることができる。いわば護園の明律研究は共同作業というか、分業によつて成果をあげたといえる。²⁰

この大庭氏の指摘によるならば、徂徠と北溪による明律研究は、両者の合作ということになる。本章においては、後述のように徂徠の『政談』の記述を軸に、『明律国字解』を併用しつつ、徂徠の贖刑論を検討していくが、徂徠の贖刑理解の背後には、北溪による研究があつたことに留意しなくてはならない。

最後にこれら明律注釈書の諸藩における影響について述べておきたい。まず熊本藩では宝暦四年（一七五四）捧呈の「刑法草書」の「序」における『官准刊行明律』および『明律国字解』の参照が指摘されており²¹、また宝暦六年の藩校・時習館の蔵書目録に、『明律国字解』の名前が見えるという²²。また新発田藩の「新律」（一七八四）の制定にあたっては、『官准刊行明律（享保刊行明律）』や『明律国字解』が参照されたと推測されている²³。このように徂徠の明律研究は、吉宗への影響のみならず諸藩の明律系藩法への影響という点でも注目されるものであると言えよう。

（二）徂徠『政談』の贖刑論

以上、徂徠および北溪の明律注釈書について概観してきたが、これら注釈書においては、必ずしも徂徠らの贖刑に関する見解が、明確に主張されているわけではない。そこで本章において注目するのが、徂徠の著作として有名な『政談』である²⁴。この『政談』の一節には後述のように、徂徠の贖刑論が明確に述べられているのである。『政談』²⁵は言わずと知れた荻生徂徠による将軍、徳川吉宗への政治意見書であり、その成立は享保一一年（一七二六）を中心とする時期と推定されている²⁶。

この『政談』における徂徠の意見を検討することは、幕府刑事法に対する贖刑の影響を探る上で重要であることは言うまでもない。加えて藩法への影響という点でも検討の余地がある書物であると考えられる。『政談』は当初は徂徠の門人にすら存在が知られていなかったのでは

あるが、宝暦期には広く知られるようになり、写本として流布するようになったとされる²⁷。

明律系藩法を制定した諸藩の内、藩校において徂徠学が採用された藩は少なくない²⁸。『政談』が実際に各藩における立法において参照されたかについては未知数ではあるが、明律系藩法を制定し、その中で贖刑を導入した多くの藩において徂徠学が受容されている点から、明律系藩法における贖刑理解のためにも『明律国字解』等と並んで、『政談』の記述を検討する価値はあると思われる。

さて、『政談』の巻四には刑罰について論じた一節がある。この一節は追放刑の廃止と徒刑の導入を主張しているとして古くから注目されてきた箇所である²⁹。この一節には後に引用するように贖刑について論じている一連の記述が存在する。しかしながら、この『政談』の「贖刑論」については従来、贖刑についての意見という観点での検討がなされてこなかったように思われる³⁰。同箇所は、金田平一郎「徳川幕府『過料』刑小考」【金田過料刑論文】においては、徂徠の「過料刑論」あるいは「過料反対の説」³¹などとして言及されており、また小早川論文においても、「過料刑の採用に反対する説」³²としての紹介がなされている。

金田・小早川両論文において指摘されるように、確かに同記述において徂徠は過料刑を批判しているのではあるが、本章で明らかとなるように、同時に徂徠は、贖刑についても言及し、しかも贖刑に対して肯定的な見解を述べているのである。次節以降、その内容について確認していきたい。

(三) 徂徠の贖刑理解

徂徠は『政談』巻四において、「閉門」に関する記述に続けて、「過料」について以下のように述べている。

扱過料を出す事古の贖罪也。但古の贖法は五刑の法を立置、夫に贖の多少をわりつけ置、其上にて罪の疑敷と、八議の人と、八九十の老人、十歳以下の小兒と、官人の笞杖罪に、贖を出す事也。³³

冒頭で徂徠は、過料刑は古の「贖罪」にあたると述べる。しかしながら、過料刑と贖刑は、厳密には異なる制度であるという理解に従い以下、贖刑についての論を展開している。

徂徠によるならば贖刑というのは、最初に「五刑」(笞・杖・徒・流・死)の刑罰体系があり、それに対応して金額が割り当てられているものである。そして、「罪の疑敷」「八議の人」「八九十の老人、十歳以下の小兒」「官人の笞杖罪」に適用されるものである。

罪の疑わしい場合に贖を許すことは、『書経』の「呂刑」³⁴にも現れるが、「唐律」「養老律」においても、「疑罪」の収贖が存在する。また「八議」「養老律」では「六議」の者などの特権身分者が罪を犯した場合に贖が許される³⁵。また「唐律」「明律」「養老律」には、高齢者や幼年者に対する減輕規定が存在し、七〇歳以上の高齢者・一五歳以下の幼年者が、流罪以下の罪を犯した場合に、収贖するとしている³⁶。さらに「明律」には、文武官の答罪に対する収贖が存在する。以上の検討によって、徂徠が歴代の日中の律の規定に基づいて、贖刑を論じていることが理解できよう³⁷。

また徂徠は以上の記述に続けて、明代の「贖罪」についても言及している。

且又大分限なる民の過惡有時に、過怠として夥敷物の入(る)普請をさせて、罪を贖せたる事明朝に有之。先年此方にても、京都の町人那波屋が奢の過怠として橋を掛させたる事此例也。是等は苦かるまじき事也。³⁸

明朝においては、裕福な者が罪を犯した場合に、費用を要する工事を命じて、贖罪させた事例があったと述べる。明代の贖刑には条例における「贖罪」あるいは「納贖」の制度があった。この点について『明律国字解』『問刑条例』の五刑条附の注釈には、以下のように述べられている。

此条の意は、本律に五刑を立たれども、治平漸久しくなりて、刑の稍嚴酷に過ることを厭ひ、五刑の名は其儘立置ながら、的決・贖罪の品分れたり。笞・杖・徒・流・死の五つともに、各それぞれの当る刑を、本法の通りに直に行ふを、的決と云。或は過料を出し、或はほねおりわぎをさせて、是を刑の代りにして、直に本法の通りの刑には行はぬを、贖罪と云。此条に的決・贖罪の分れを定めたり。贖罪の細なるわりは、卷首に五刑贖罪図あり、考ふべし。³⁹

以上によると明代の刑罰には、五刑をそのまま行う「的決」と、「過料」や労役によって刑罰の代わりとする「贖罪」があるとする。「贖罪」の適用対象や内容について、同じく五刑条附の注釈には、

しんだいのよきを有力と云、しんだいのならぬを無力と云……軍民諸色人役・舍余・総小旗は、軽きものなるゆへ、その内に有力人ばか

りに贖罪をさせて、其外は的決するなり。⁴⁰

文武官吏より舍人までは、人重きゆへ、無力・有力のせんぎなく、贖罪に申付けて的決にはせぬとなり。笞・杖・徒・流・死の五刑の内、死刑に真犯死罪・雜犯死罪あり。真犯死罪は定奪を請なり。これを除きて何れの刑に当りとも皆贖罪なり。運炭は、水或は炭を運ぶなり。運灰は、石灰を運ぶなり。運磚は、瓦を運ぶなり。是等は普請等、又は禁中にて日々入用のものなるゆへ、是をはこぶ日用銭を出すなり。納米は、名山蔵と云書には、罪囚の食する米を出すと云へり。されどもそればかりに限らず、辺塞等其外入用の米を過怠に出さすこと、会典に見えたり。納料は、物料とて様々のものを出すなり。是皆過料なり。⁴¹

とあり、身代のよい有力人は「真犯死罪」⁴²を除いて、普請等に用いる物資を運搬するための日用銭を「過料」として出させるという、『政談』の記述と同様の説明を行っている。『政談』の贖刑論は、明代の贖刑を踏まえたものであることが指摘できる。

なお、ここで徂徠が当時の日本における「贖罪」の例として挙げている、京都の町人・那波屋に「奢の過怠として橋を掛させた」事例について述べておきたい。岩波文庫版『政談』の注には、「那波屋は元禄前の大名貸を営んだ富豪。九郎左衛門・十右衛門の奢り甚しく、所司代板倉重矩（在職一六六八―七〇）に罰として宇治橋架橋を命ぜられたという（『町人考見録』」⁴³とある。この『町人考見録』によるならば、九郎左衛門・十右衛門の両兄弟は、町人でありながら武家や寺院の家来となり、槍を持ち、また乗馬・帯刀などをしたことにより捕らえられたが、「御慈悲の上、首代として宇治橋かけ直し」⁴⁴を命じられたとされる。「首代」が死刑の代わりを意味するならば、那波屋兄弟は死罪を財貨により贖ったことになる。

もっとも、これが贖刑ではないことは言うまでもない。『町人考見録』には、この処分は、不正を行った町人に対して、過怠として宇治橋の架け替えを命じた旧例によるものと記されている⁴⁵。また『政談―服部本』の注において平石直昭氏は、『御触書寛保集成』の「少々違背之儀在之者には、其身二応し、日数を相定、為過怠、堤川除又は竹木を植立、其外所之ために可成御普請可申付之、」⁴⁶という、軽い罪を犯した者に普請を命じる法令との関連を指摘している⁴⁷。

こうした「過怠」として、道路や橋、寺社等の修理を命じることは、鎌倉幕府法にも見られるものであり⁴⁸、贖刑とは異なる刑罰なのではあるが、工事の費用を負担させる刑罰という点で、明代の「贖罪」とは共通するものがあり、日本における「贖罪」類似の事例として、一定の説得力を有したと考えられるであろう。

以上のような律における收贖や、明代の贖罪について徂徠は、「是等は苦かるまじき事也」として、肯定する態度をとっている。こうした中国や古代日本における贖刑の制度と対比して、徂徠が批判しているものが江戸幕府の過料刑である。

(四) 徂徠の過料刑批判

徂徠が過料刑を批判する理由は第一に、過料刑が「五刑」の体系に基づいていない点にあると思われる。この点について、徂徠は『政談』において、先の記述に続けて以下のように述べている。

当時は笞・杖・徒・流・死の沙汰もなく、兼てもりつけの定めもなく、只当分の見はからひにて、軽き民より過怠として金を出さずる事、不宜事也。是は只金を出させてこまらせて刑にする仕形、先第一古に無之事也。扱五刑の定めなければ、専ら金を取るべき為になる也。五刑の定め有時は、金なき人は直に其刑をうけ、金ある人は金を出して佗言するなれば、刑法の名目たつ也。其内にも当罪の疑敷杯に斗用れば、罪の決定したるは、たとひ金有て金を出して佗度思へ共叶はぬゆへ、過料の方次に成り、刑法の方おもになる子細にて、上の御慈悲になるなり。初めより只金を出さずるといふ事、殊の外に下輩なる仕形にて、民の心の服せぬ事也。⁴⁹

徂徠は、江戸幕府の刑罰体系が、笞・杖・徒・流・死の「五刑」の刑罰体系に基づいていないこと、そして「もりつけの定め」⁵⁰すなわち「五刑」と対応した贖の額も存在しないことを指摘する。幕府の刑罰が「五刑」の体系とは異なることは言うまでもないが、過料の金額もまた、徂徠の没後に制定された「公事方御定書」を例にすると、過料が三貫文・五貫文、重過料が拾貫文などは定められてはいるが⁵¹、贖刑のような「五刑」と対応した精緻な体系ではない。徂徠は以上の幕府の過料刑を評して、「只当分の見はからひにて、軽き民より過怠として金を出さずる事」と述べて、「不宜事也」と批判している。

さて徂徠は、こうした過料は、「只金を出させてこまらせて刑にする仕形」「専ら金を取る」刑罰であると指摘する。過料刑も贖刑も、財産を徴収する刑罰という点では変わりはないにもかかわらず、徂徠はどうして前者のみを問題視するのであるのか⁵²。

徂徠は以下のように述べている。「五刑の定め有時」すなわち、「五刑」とそれに対応した贖刑制度が設けられていたならば、「金なき人は直に其刑をうけ、金ある人は金を出して佗言する」⁵³——先の『明律国字解』の解説に従うならば、無力者の「的決」、また有力者の「贖罪」と換言できるであろう。——ため、「刑法の名目たつ」のである。

さらに贖刑を行うにあたって、「当罪の疑敷杯に斗用」いる、つまり疑罪の收贖などに限定することを提案する⁵⁴。財産を徴収する刑罰は、適用対象を限定してこそ「上の御慈悲」となるのである。「初めより只金を出さずする」過料刑では、民衆は為政者の慈悲を感じず、心服しないのである。

以上見たところによるならば、徂徠が刑罰を論じるにあたり、「五刑」の刑罰体系をきわめて重視していることが理解できる。財産を徴収する刑罰であっても、まず、「五刑」の笞・杖・徒・流・死のいずれかの刑罰にあてはめ、しかる後に贖に換えて徴収されなければならないとするのが、徂徠の意見であると考えられる⁵⁵。

徂徠が過料刑を批判する第二の理由は、過度に高額な過料の徴収に対する危惧である。先の記述に続けて、このように論じている。

当時公儀にて此法取行はるれ共、下心に尤と不存と見えて、諸大名にては是を取おこなはず。公儀の御作法を諸大名のまねぬも不事也。

此後諸大名にても公儀をまねて此法を執行はば、遠国へ至りては必不埒出来すべし。其子細は、当時諸大名困窮甚しければ、必非道の過料を取べし。……右のごとき過料は、異国にても日本にても、古例なき事なれば、遠国の人必(ず)心腹すまじき也。当時世界の奢甚敷よりもろもろの悪事生ずる故上に儉約を用ひ遊さるれば、御役人共は金を御好みなさると料簡したるやらん、不事事を申たてて取行ふ事には有也。⁵⁶

本記述において徂徠は、諸大名においては過料刑が行われていないと述べているが、これは徂徠の事実誤認である⁵⁷。ともあれ今後、財政的困窮の甚だしい諸藩において、幕府を真似て過料刑を採用したならば、「非道の過料」すなわち、過度に高額な過料が科されるであろうことを危惧しているのである⁵⁸。

もっとも徂徠は、過度に高額な金銭の徴収という問題が、贖刑においては発生しない理由を示していない。これまでの『政談』の記述から推察するにおそらく、贖刑は「五刑」に基づいた「もりつけの定」に従って財産を徴収するものであるため、過料刑のように「当分の見はからひ」による、恣意的な徴収がなくなると考えているのであろう。

ともあれ徂徠は、こうした過料刑を前代未聞の制度として、強く批判するのである⁵⁹。

(五) 篁洲・学山の贖刑論との比較

以上、徂徠が「五刑」の重視、および「非道の過料」に対する危惧という理由から、贖刑を肯定していることが理解できた。しかしながら、ここである疑問が生じる。すなわち一般的に考えたならば、「軽き民より過怠として金を出さず」過料刑と比べて、五刑すべてに及ぶ贖刑は、結果として広範かつ高額な徴収となりうる。この贖刑が財産を徴収する刑罰であるという点に注目して、榊原篁洲や高瀬学山の贖刑論と徂徠のそれとを比較するとき、徂徠の贖刑に対する見解の特異性が際立つ。

はじめに、榊原篁洲が贖刑を批判していた理由を振り返ってみよう。篁洲は『大明律例諺解』において『宋史』刑法志の議論を引用し、贖刑は財産上の不平等によって、不公平が生じるものであることを非難していた(第二章前掲)。すなわち篁洲は、贖刑が財産を徴収する刑罰であるという点に着目して、批判を行っているのである。

また高瀬学山の論であるが、学山は贖刑を全面的に肯定する。その際に「訂正一卷」において、贖刑の利点の一つとして、民に仁恵を施すという作用とともに、国費を満たすという作用を挙げていた(第三章前掲)。また『喜朴考』においては、貧者は贖罪できないとする篁洲の意見に反論し、貧者も労役によって贖罪できることを指摘していた(同前掲)。注目すべきなのは、学山もまた、貧者は財産を納めて贖罪することはできないと認めている点である。つまり、贖刑が財産を徴収する刑罰であるという点は、学山もまた共有しているのである。このように篁洲も学山も、贖刑は財産を徴収する刑罰であることを明確に意識したうえで、その前提で貧者からの財産徴収の是非を論じている。特に学山に至っては、贖刑に財源としての目的を見出している。

転じて徂徠は贖刑が財産を奪う刑罰であるという点に注意を払わない。徂徠は「非道の過料」については危惧するのではあるが、贖刑においてこうした高額な贖の徴収という問題が発生しない理由を示さないのである。徂徠は贖刑を、恣意的な過料刑と比べて、謙抑的な財産刑として捉えているのであるが、当然ながら贖刑においても、篁洲が問題視したように、特に貧者にとって贖が高額であり贖罪できないという「非道」な事態が発生しうる。しかしながら『政談』においては、篁洲や学山が認識していたような、こうした贖刑の問題性についての言及は存在しないのである。徂徠にとっては、贖刑が「五刑」の刑罰体系に基づいているという点が重要であり、これが財産を徴収するという制度であるということについては関心がないように思われる。こうした点は徂徠の贖刑論の特徴であるといえよう。

(六) 小括

本章においては、従来顧みられることがなかった荻生徂徠の贖刑論について、おもに『政談』の記述を軸に検討を重ねてきた。結論を述べ

ると、徂徠は贖刑について肯定的である。徂徠は「唐律」「養老律」の贖銅や、「明律」の「收贖」（律贖）、あるいは明代の条例における「贖罪」（例贖）を挙げて、「苦かるまじき」ものであるとして肯定していた。このように贖刑の全面的肯定という点では、徂徠の贖刑論は高瀬学山と共通しているのではあるが、徂徠の贖刑肯定論は、当時幕府で行われていた財産刑である、過料刑に対する批判を伴っている点で特徴的である。

徂徠が過料刑を批判する第一の理由は、これが徂徠の重視する「五刑」の体系に基づかないという点にあり、第二の理由は、過度の過料徴収への危惧にある。徂徠は、以上のような問題を孕んだ過料刑を廃止して、唐代や明代の中国や、あるいは古代日本において行われていたような贖刑に置き換えることを要請していると考えられるのである。

こうした徂徠の意見については従来、金田過料刑論文および小早川論文においては、過料刑批判論という点は認識されていたものの、贖刑肯定論という点では注目されていなかった。また小林氏の諸研究においては、榊原篁洲と高瀬学山との間の意見対立を軸に、両者の贖刑論について分析されており、徂徠の意見には検討が及んでいなかった。

このような『政談』において展開された過料刑廃止・贖刑肯定論が、徳川吉宗にいかなる影響を与えたか、今後検討されなくてはならないだろう。また藩法に対しても、『政談』および『明律国字解』の諸藩への流布を鑑みると、明律系藩法への影響が想定される。徂徠の意見に従い、明律系藩法においては過料刑が廃止されているか否か、また徂徠の肯定する贖刑をどの程度受容しているか、こうした論点が今後の課題として残されうる。

¹ 徂徠および北溪の「明律」を中心とした中国法制に関する著述について言及した主な研究としては以下のものを参照した。第二章注(2)松下『紀州の藩学』第七章、高塩『日本律の基礎的研究』所収「荻生北溪と「唐律疏義訂正上書」、高塩「江戸時代享保期の明律研究とその影響」、小早川論文、Henderson 論文。同注(3)大庭『江戸時代における中国文化受容の研究』第三章第二節第四項「徳川吉宗と明律研究」。岩橋遵成『徂徠研究』（関書院、一九三四年。名著刊行会、一九八二年再刊）二〇八・二〇九、四一八〜四二三頁。今中寛司『徂徠学の基礎的研究』（吉川弘文館、一九六六年）三六七〜三七八頁、同『徂徠学の史的研究』（思文閣出版、一九九二年）二二六〜二四四頁。大庭脩『漢籍輸入の文化史——聖徳太子から吉宗へ——』（研文出版、一九九七年）八「將軍家と御儒者衆——吉宗と荻生北溪——」、同『徳川吉宗と康熙帝——鎖国下での日中交流』（大修館書店、一九九九年）第六章「吉宗と漢籍」、同『日中交流史話——江戸時代の日中関係を読む——』（燃

- 焼社、二〇〇三年）第五章「暴れん坊將軍吉宗の半面」。清水裕子「物觀本明律の底本問題に関する一試論」（『東洋文化』八五、二〇〇五年）。
- 2 北溪の生没年については、高塩「荻生北溪と『唐律疏義訂正上書』」三二二頁、三二七頁（1）参照。
- 3 第二章注（1）『先哲叢談後編一』一二四頁参照。
- 4 このほか徂徠の著作という指摘のある「明律」の関係書としては、『明律考』が存在するが、同時に高瀬学山の著作であるとの指摘もあり定かではない（本編第三章参照注（20）参照）。
- 5 以上、内田智雄「解題」（『明律国字解』）三・四頁、大庭『荻生北溪集』研究篇一六・一七頁、高塩「江戸時代享保期の明律研究とその影響」五九〜六三頁参照。
- 6 『明律国字解』八六一頁。
- 7 高塩「江戸時代享保期の明律研究とその影響」六〇頁参照。
- 8 内田「解題」三頁、長澤規矩也『和刻本漢籍分類目録 増補補正版』（汲古書院、二〇〇六年）八九頁参照。
- 9 大庭脩編著『享保時代の日中関係資料三〇荻生北溪集ⅴ——近世日中交渉史料集四——』関西大学東西学術研究所資料集刊九一四（関西大学出版部、一九九五年）資料篇六五頁以下。
- 10 北溪らの明律研究会の成立時期は享保四年（一七一九）以前とされる（大庭『中国文化受容の研究』二四九頁参照）。
- 11 高塩「江戸時代享保期の明律研究とその影響」六二・六三頁参照。
- 12 大庭『中国文化受容の研究』二四九頁、大庭『荻生北溪集』研究篇二三頁参照。
- 13 内田「解題」六頁参照。
- 14 大庭『荻生北溪集』資料篇三五六頁以下。
- 15 高塩「江戸時代享保期の明律研究とその影響」六四頁参照。『定本明律国字解』では平仮名に改められている（「凡例」七頁参照）。
- 16 高塩「江戸時代享保期の明律研究とその影響」六五頁参照。
- 17 同・六六頁参照。
- 18 同・六五頁参照。
- 19 四文楼本の刊行時期について、内田「解題」は幕末とするが（二頁参照）、高塩「江戸時代享保期の明律研究とその影響」は明治二・三年頃とする（八三頁参照）。

²⁰ 大庭『荻生北溪集』研究篇二五頁。

²¹ 小林宏「熊本藩「刑法草書」私考」(小林『日本における立法と法解釈の史的研究』第二卷、初出『國學院大學日本文化研究所紀要』第七輯、一九九四年)二六六・二六七頁参照。

²² 高塩「江戸時代享保期の明律研究とその影響」七七頁参照。

²³ 藤井重雄「唐明律と藩法との関係について——新発田藩に於ける——」(『新潟大学教育学部紀要』第七卷第一号、人文・社会科学編、一九六五年)六三頁参照。

²⁴ 徂徠の「明律」研究と『政談』との関係については、『明律国字解』の業績が『政談』における徂徠の細密な分析と結論を生んだものというべく(今中『徂徠学の基礎的研究』三七七頁)と評されている。

²⁵ 『政談』の校注本には、吉川幸次郎・丸山真男・西田太一郎・辻達也校注『荻生徂徠』日本思想大系三六(岩波書店、一九七三年)所収のもの(辻達也校注)、辻達也校注『政談』岩波文庫(岩波書店、一九八七年)、平石直昭校注『政談——服部本』東洋文庫(平凡社、二〇一年)などがあるが、本章ではおもに平石校注『政談——服部本』を参照した。なお日本思想大系版や岩波文庫版の注も併せて参照した。

『政談』の概要については、辻達也「解題」(日本思想大系『荻生徂徠』)、同「政談」の社会的背景(同書)、辻達也「解題」(岩波文庫政談)、平石直昭「解説」(『政談——服部本』)、今中『徂徠学の基礎的研究』三五一〜三六七頁、今中『徂徠学の史的研究』二二七〜二三六頁を参照した。

²⁶ 平石「解説」四一九・四二〇頁参照。

²⁷ 辻「解題」(日本思想大系『荻生徂徠』)六二五・六二六頁、辻「解説」(岩波文庫『政談』)三八三・三八四頁参照。

²⁸ 鈴木博雄「藩校における徂徠学派の教育活動——藩校における儒学派の教育活動に関する研究 その一——」(『東京教育大学教育学部紀要』第一七卷、一九七一年)によれば、明律系藩法の知られる五藩のうち、新発田藩を除く弘前藩・会津藩・和歌山藩・熊本藩の藩校に徂徠学者を確認することができる(八〜一〇頁、附表参照)。

²⁹ 金田平一郎「近世懲役刑小考——熊本藩刑法研究序章——」(九州帝国大学法文学部『十周年記念法学論文集』岩波書店、一九三七年)六頁参照。

³⁰ 今中寛司氏は、『政談』の吉宗への影響について、「例えば追放無効論、贖罪等に関しては、吉宗の法制に参考となっていることは事実である。」(今中『徂徠学の基礎的研究』三五九頁)と、「贖罪」に注目するが、それ以上の言及はなされていない。

3 1 蠟山政道編『国家学会五十周年記念 国家学論集』（有斐閣、一九三七年）一三、二八頁。

3 2 小早川論文・三八頁・6。

3 3 『政談——服部本』二九九頁。

3 4 『政談——服部本』四〇二・四〇三頁、補注²⁹⁹参照。

3 5 北溪の著作に、唐・明・日本律間の比較を行った「唐律疏義訂正上書」があるが、この中で北溪は、「唐律」の八議の者の贖や疑罪の規定が、「明律」には存在しないことを指摘している（高塩「荻生北溪と『唐律疏義訂正上書』」三三三・三三四頁、三四六頁（8）参照）。

3 6 『明律国字解』の「老小廢疾收贖」条の注釈に、「今この明律の定めは、即唐律の通りなり。」（八〇頁）とある。なお徂徠は「八九十の老人、十歳以下の小児」と述べているが（日本思想大系版（四三〇頁）、岩波文庫版（三三三頁）においても同様。）、「唐律」や「明律」で贖が許されるのは、七〇歳以上・一五歳以下であるため、誤解あるいは誤記と考えられる。

3 7 以上、「唐律」「養老律」の贖刑（贖銅）については、牧英正「日本古代贖罪制度考」（大阪市立大学『法学雑誌』第四卷第三・四号、一九五八年）、布施弥平治「贖銅考」（『日本法学』四二卷一号、一九七六年）、滋賀秀三『唐律疏議註篇一』訳註日本律令五（東京堂出版、一九七九年）三〇頁参照。

3 8 『政談——服部本』二九九・三〇〇頁。

3 9 『明律国字解』五五六頁。

4 0 『明律国字解』五五七頁。

4 1 『明律国字解』五五八・五五九頁。

4 2 徂徠は「真犯死罪」と「雜犯死罪」について、「真犯死罪と云は、律の文に載たる斬・絞罪を云なり、雜犯死罪は、律に何の罪に准ず、与同罪とあるるいななり。」（『明律国字解』一五頁）と誤った説明を行っている（佐立治人「明朝の立法・刑罰・裁判」（『関西大学法学論集』六七卷六号、二〇一八年、二八六頁参照）。『官准刊行明律』『明律国字解』『明律訳』等には、どの死罪が「真犯死罪」や「雜犯死罪」に当たるかについて定めた「真犯雜犯死罪」は含まれていない。

4 3 岩波文庫『政談』三三三頁。

4 4 三井高房『町人考見録』（中村幸彦校注『近世町人思想』日本思想史大系五九、岩波書店、一九七五年）一九二・一九三頁。なお、小高敏郎『近世初期文壇の研究』（明治書院、一九六四年）六一一・六一二頁、鈴木昭一訳『町人考見録』（教育社、一九八一年）七四頁参照。

- 4 5 『町人考見録』（『近世町人思想』）一九三三頁参照。
- 4 6 高柳真三、石井良助編『御触書寛保集成』（岩波書店、一九五八年）「一三〇九」六八六頁。
- 4 7 『政談——服部本』四〇三頁補注²⁹ 参照。
- 4 8 牧英正「鎌倉幕府の没収刑の一考察——幕府の没収刑と律令の贖銅制の関連について——」（大阪市立大学『法学雑誌』第五卷第二号、一九五八年）二六頁参照。
- 4 9 『政談——服部本』三〇〇頁。
- 5 0 岩波文庫版『政談』三二三頁注、『政談——服部本』三〇〇頁注参照。
- 5 1 『公事方御定書』下巻、一〇三条「御仕置仕形之事」（石井良助校訂『徳川禁令考 別巻』創文社、一九六一年、一三四頁）参照。
- 5 2 徂徠は『政談』の他の箇所においても過料刑を批判している。同じく巻四において「当時過料をとらるる事、甚誤れり。金銀を自由にするものより過料を取るは、博奕をゆるして運上を取るがごとし。」（『政談——服部本』二八五頁）と、博奕犯に対して過料刑を科すことに反対している。なお、博奕犯に過料刑を適用することは吉宗に始まる（岩波文庫版『政談』三〇六頁注、石井良助『第三江戸時代漫筆 盗み・ばくち』明石書店、一九九〇年、八一〜八四頁参照）。
- 5 3 平石氏もまた、この記述と明代の贖刑との関係について示唆している（『政談——服部本』四〇三頁、補注³⁰ 参照）。
- 5 4 平石氏はこれを、「罪が疑わしい場合にだけ過料による贖罪を認めるようにすれば、罪が明白な者は過料で贖罪できなくなるので、刑法が主になる。そうした際に特例で贖罪を認めることにより、上のお慈悲が立つということ。」（『政談——服部本』四〇三頁、補注³⁰）と解している。
- 5 5 こうした徂徠の重視する「五刑」の中国思想や律における意義については、奥村郁三「新律綱領と明律」（奥村郁三『日本史上の中国 金印・那須国造碑・飛鳥・新律綱領・令集解』阿吽社、二〇一五年）一八五〜一九二頁に詳しい。
- 5 6 『政談——服部本』三〇〇・三〇一頁。
- 5 7 金田過料刑論文は、対馬藩において幕初より過料刑が行われていた事実をもって、徂徠の不識を指摘している（四頁参照）。
- 5 8 金田過料刑論文ではこれらの徂徠の言を受けて、幕府刑法の過料刑に財政上の目的が存したかどうか検討しているが（一三〜一五頁）、「過料刑の目的中に、財政目的を見出すことは出来ないものである。」（一五頁）と述べている。
- 5 9 徂徠は過料刑について「日本にても、古例なき事」と述べているが、「過料」という刑罰は平安時代にはすでに存在しており（義江彰夫

「院政期の没官と過料——中世財産刑形成前史——」土田直鎮先生還暦記念会編『奈良平安時代史論集 下巻』吉川弘文館、一九八四年、三九七頁以下参照)、また江戸幕府においても開府以来行われているものである(金田過料刑論文・一〇(一二頁参照))。したがって徂徠のこうした認識は事実ではない。

五 おわりに

本編における検討の結果、近世の贖刑論について明らかとなった点について確認する前に、贖刑について再度整理しておきたい。「贖とは刑罰の重さに対応して所定の額の財貨を提供せしめることをもって、実刑の執行に代える制度」¹であり、古くは『書経』にも現れ、「唐律」や「唐律」を継受した日本の「養老律」にも見られるものである。本編で主に検討の対象とした明代の贖刑は、特に複雑なものであった²。すなわち「明律」における「收贖」と呼ばれる贖刑(律贖)と、条例における「贖罪」また「納贖」と呼ばれる贖刑(例贖)の二種が存在した³。前者は「唐律」や「養老律」と同様に、高齢者や幼年者の犯罪や、過失殺傷の場合などを対象とするものであったが⁴、後者は「真犯死罪」以外のすべての犯罪と刑罰を、労役刑や財産刑により執行するもので⁵、「五刑」を代替する制度であった⁶。

このような明代の贖刑制度の詳細さは学山が「訂正一卷」や『喜朴考』で述べていたことでもあったが、従来の研究ではこうした点からの検討は行われず、「明律」や「問刑条例」等の内容に即して、近世の諸学者の贖刑に関する理解を説明することは行われてこなかった。近世の贖刑論に関する重要な先行研究である小林過料刑論文は、榊原篁洲と高瀬学山との間の贖刑をめぐる意見対立を扱った研究ではあるが、彼らの議論に及ぼした『書経』やその注釈書の影響という、篁洲および学山の贖刑論の思想的背景についての検討に筆が費やされており、こうした明代の贖刑の具体的内容には着目されておらず、したがって、篁洲や学山らの明律注釈書を広範に検討するという方法もとられていなかった。

また荻生徂徠の贖刑論に関しては、金田過料刑論文や小早川論文等の研究において、『政談』の記述を引用して、徂徠が過料刑に反対していたことについては論じられていたものの、徂徠の贖刑に対する理解や評価という点では、言及されることがなかった。本編ではこうした先行研究の問題を受けて、榊原篁洲や高瀬学山、そして荻生徂徠らの贖刑論を具体的に検討した結果、以下のことが新たに判明した。

まず榊原篁洲については、篁洲がその著作の『大明律例諺解』において贖刑を批判し、またこれに対して高瀬学山が反論していることは、高塩博氏の「和歌山藩『大明律例諺解』の成立」において紹介され、小林中国法論文において、こうした篁洲と学山の意見が將軍の徳川吉宗

に影響を与えたという指摘がなされた。また同氏の小林過料刑論文においては、篁洲の贖刑論について思想的背景に着目した検討がなされた。小林氏は、篁洲の贖刑に対する賛否について、「基本的に不賛成」「これを用いるとすれば、せいぜい軽罪に止めるべきであると考えている」⁷と評価されていた。しかしながら、本編での検討の結果、篁洲は全体として贖刑に肯定的な見解を有しており、「軽罪」以外の場合においても、贖刑を容認していることが明らかとなった。「明律」中において「収贖」が許される条文についての『大明律例諺解』の注釈を個別に検討した結果、およそこれら「律贖」については、儒教的な仁政の観点から好意的に評価していることが認められた。また五刑条の条例の注釈においては、「雜犯死罪」の「納贖」について、これを容認するような記述を残していた。つまり篁洲の批判する贖刑とは、流罪の「納贖」に限定されるというのが本編の結論である。

続いて高瀬学山について。学山が贖刑に肯定的であることは、高塩論文や小林論文においても知られていたものであったが、その肯定の具体的な対象については不明確であった。本編での検討の結果、学山は「明律」の「律贖」を肯定していることはもちろん、基本的にはより広く適用される「例贖」を念頭に議論をしていることが確認された。また、以前より指摘のある『書経』に加えて、中国の明律注釈書が学山の贖刑論に影響を与えていることが明らかとなった。

获生徂徠については、明らかに贖刑を肯定した見解を有していることを確認した。徂徠は「五刑」の刑罰体系の重視と、過料刑に対する反対の立場から、「五刑」に基づく贖刑を肯定しており、それは唐・明・日本の律や明代の「贖罪」を踏まえて立論されていることが明らかとなった。

こうした本編における検討によるならば、榊原篁洲・高瀬学山・获生徂徠ら、一七世紀末から一八世紀前半の諸学者らは、程度の差はあれ贖刑について基本的には容認しており、また肯定的であるということが指摘できる。こうした諸学者の贖刑論が幕府法や、熊本藩「刑法草書」・新発田藩「新律」・会津藩「刑則」・弘前藩「寛政律」・和歌山藩「国律」等の明律系藩法に与えた影響の解明については、今後の課題としたいが、ここでは特に幕府法との関係について述べておきたい。

榊原篁洲や高瀬学山らによる贖刑論が、過料刑の成立に影響を与えたという指摘は、以前より主張されているところである。本編で確認したように篁洲は必ずしも贖刑反対論者ではなく、学山もまた明代の「例贖」のように、かなり広範に贖刑を適用すべきことを提案していた。さらに、従来検討されることのなかった、获生徂徠の贖刑に対する見解も明らかとなり、徂徠もまた贖刑に肯定的であることが判明した。さらに、周知のように贖刑は幕府刑法の採用するところとはならなかった。

『喜朴考』における徳川吉宗と学山との議論を見るならば、吉宗は贖刑に大きな関心を抱いており、時に篁洲の『大明律例諺解』を通じて

「明律」や「問刑条例」の条文にまで言及するなど、吉宗自身も贖刑について相当の知識を有していたことがうかがえる。また徂徠の『政談』の提出を受けた吉宗が、徂徠の考えるところの過料刑の問題性と贖刑の優位性について、理解を深めたことは想像に難くない。しかしながら、幕府法に贖刑が採用されることはなかったのである。

吉宗が贖刑を採用しなかった事情については、すでに小林氏によって考察がなされている。氏の見解をまとめるならば吉宗は、篁洲が指摘したような贖刑の不平等性といった短所や限界をよく理解していたため、贖刑に示唆を受けつつも、比較的軽微な犯罪や行政犯に対して科される基本刑である過料刑を幕府刑法に採用したのであるとされる。もともと、本編で述べたように篁洲は贖刑について好意的な記述も残しており、また徂徠においては過料刑を批判しているのである。こうした過料刑批判や贖刑肯定論を受けながら、なぜ吉宗は贖刑を採用しなかったのか。この点については第三編において論じることにした。

1 第四章注（37）滋賀『唐律疏議訳註篇一』二九頁。

2 以下、第二章注（31）以下参照。宮澤「明代贖法の変遷」三五二頁参照。

3 滋賀『中国法制史論集』二二二頁参照。

4 宮澤・三五六・三五七、三九二頁、滋賀『中国法制史論集』二二二頁参照。

5 陶安「中国刑罰史における明代贖法」一〇五、一三九〜一四一頁参照。

6 『史料からみる中国法史』六〇・六一頁参照。

7 小林過料刑論文・七二頁。

8 小林過料刑論文においては、「疑罪」と「過失殺傷罪」が挙げられている（八四四頁参照）。

9 小林過料刑論文・六九〜七一、八四〜八七頁参照。

第二編 近世藩法における贖刑

一 はじめに

刑罰の代わりに財産を徴収する贖刑、あるいは贖罪の制度¹は日本の刑法史上、古代の律令におけるものが有名であるが、明治初年の「仮刑律」・「新律綱領」・「改定律例」等の刑法典、そして、本編で論じる近世の藩法の中にも贖刑の制度を有するものが存在することが知られている。贖刑は中国刑法に由来する制度であり、近世においては「公事方御定書」といった幕府法はこれを採用しなかったが、藩法においてはこれを導入したのが見られる。すなわち、「明律」(大明律)を中心とした中国刑法を継受した「明律系藩法」²と呼ばれる一群の藩刑法典の中には、贖刑の制度を有するものが見られるのである³。

今日、明律系藩法を制定した藩としては、熊本藩、会津藩、弘前藩、新発田藩、和歌山藩が知られており、その他、幕末期には土佐藩や久留米藩においても編纂がなされている⁴。これらの明律系藩法をめぐってはこれまで多くの研究が公にされており⁵、その中には贖刑規定に言及するものも少なくない⁶。明律系藩法の贖刑制度について専ら論じた研究は未だ存在しない。本編はこうした研究上の空隙を埋めるべく、基礎的研究として既存の研究や史料を整理し、明律系藩法ごとの贖刑制度の全体像を提示しようとするものである。

本編においては、(1)明代贖刑制度との比較、(2)過料刑との関係、(3)享保期「明律」研究の影響という三つの観点を踏まえて検討を進めたい。

(1) 明代贖刑制度との比較

本編において最も注意を払いたいのが、中国明代の贖刑制度との比較という観点である。「明律系藩法」はその名の通り、「明律」を参酌した刑法典である。したがって「明律」を中心とした明代刑法の制度との比較は、明律系藩法の贖刑制度を検討するにあたって、第一に行わなければならない作業である。本編においては各藩法の贖刑規定を、詳細に「明律」等の贖刑規定と比較し、共通点ならびに相違点を浮かび上がせたい。以下、本編で比較の対象とする明代の贖刑制度について概観したい。

明代の贖刑制度⁷には、律における收贖(律贖)と、条例における贖罪または納贖(例贖)の区別があった⁸。「律贖」の適用対象は「明律」に規定された、官吏の罪、存留養親の場合、天文生や婦人の罪、高齢者・幼年者・障害者の罪、過失殺傷罪、誣告の場合に限られ、刑の緩和や特定の対象への恩恵という意味を有していた¹⁰。

一方の「例贖」は条例に規定された贖刑であり、「真犯死罪」を除いた刑罰一般に適用されたものである¹¹。例贖は犯人の資力や労働力、物資の確保を目的とするものであり¹²、その形態には労役によるものと、物資の納入や銀納によるものが存在した¹³。

本研究の第一編においては、前述の近世日本の明律注釈書においても、以上述べたところの明代の贖刑制度についての記述が存在することを確認した。したがって明律系藩法においても、こうした明代贖刑制度を大いに参酌していることが想定できるのである。ところが、従来の明律系藩法の研究においては、その贖刑規定が取り上げられる場合でも、こうした明代贖刑制度と比較した検討が行われることはなかったように思われる。近世日本の諸藩が贖刑制度を設けるにあたって、明代贖刑制度をどのように取捨選択したのか、あるいは変更を加えたのかについて検討することは、それぞれの明律系藩法の特徴を明らかにし、明律系藩法の「明律」継受の実態を解明する点においても重要であると思われるのである。

(2) 過料刑との関係

近世日本の刑法における財産刑としては、「過料」刑もまた知られている。主刑として財産を徴収する過料刑は、平安時代から見られるものであり¹⁴、江戸時代においても幕府や藩で幕初から用いられていたものである¹⁵。周知のように「公事方御定書」においてもこの過料刑は規定されており、本編で検討の対象とする明律系藩法においても、この過料刑を採用するものは少なくない。贖刑も過料刑も財産刑には違いないのであるが、その淵源や、正刑か換刑かという点で性質の異なるものであり、区別されるべきものである。

「過料」のように主刑として財産を徴収することは律には見られない。中国の隋唐以降の「五刑」には罰金は含まれず¹⁶、「唐律」を継受した日本律においても、換刑としての「贖銅」はあっても、「過料」と呼ばれる刑罰は存在しなかったのである¹⁷。すなわち「過料」という財産刑は日本固有の慣行とみられている¹⁸。

ここで注意すべきは、近世日本においては中国法に由来する贖刑（贖罪）のことを、「過料」あるいはこれに類する名称で呼ぶ場合が少なくないことである¹⁹。本編で検討の対象とするのは中国法、とりわけ明代刑法に由来する贖刑の制度であり、平安時代以来行われてきた日本法上の過料刑ではない。しかし、前述のように明律系藩法においても、贖刑のことを過料と呼ぶ例が見受けられる。したがって、明律系藩法の贖刑制度を分析するにあたっては、中国法上の贖刑との比較の上でその性質を見極める必要があると思われる。

(3) 享保期「明律」研究の影響

これら諸藩における明律系藩法の編纂・制定には、享保期における八代將軍・徳川吉宗によって進められた「明律」研究が多大な影響を与えていることが指摘されている²⁰。

この享保期の「明律」研究の展開の中で、贖刑の是非をめぐる議論が存在したとの研究が存在する²¹。本研究の第一編においてはこうした先行研究を受けて、享保期前後に活躍した、榊原篁洲や高瀬学山、荻生徂徠・北溪らの学者の著作を用い、彼らの贖刑論について検討した。その結果、明律系藩法での贖刑採用にあたり参照された明律注釈書の著者たちは、一般的に贖刑に対して好意的に評価しており、その評価は明代贖刑制度とその精確な理解を前提としたものであることが判明した。

この吉宗周辺の諸学者によって執筆された明律注釈書には、榊原篁洲『大明律例諺解』、高瀬学山『大明律例訳義』、荻生北溪『官准刊行明律』、荻生徂徠『明律国字解』がある²²。本論で述べるように、明律系藩法を制定した諸藩においては、これらの明律注釈書のうち『官准刊行明律』、『明律国字解』、『大明律例訳義』が利用されたものと考えられている²³。明律系藩法の贖刑制度を検討する際には、こうした著作における贖刑に関する記述を、どのように活用しているのかについて注意を払いたいと思う。

本編では以上の三つの観点を踏まえつつ、(1)熊本藩、(2)会津藩、(3)弘前藩、(4)新発田藩、(5)和歌山藩の五藩の明律系藩法につき、その贖刑制度の内容を検討していきたい。

¹ 「贖とは刑罰の重さに対応して所定の額の財貨を提供せしめることをもって、実刑の執行に代える制度」(滋賀秀三『唐律疏議訳註篇一』訳註日本律令五、東京堂出版、一九七九年、二一九頁)。

² 藩法の分類については、御定書系(御定書系統)、明律系(中国法系統、明律系統)の二分類とするか、またはこれらに折衷型(折衷系統)や独自型(独自系統)を加えるのが一般的である。服藤弘司『幕府法と藩法』幕藩体制国家の法と権力Ⅰ(創文社、一九八〇年)第二章「藩法概説——金沢藩々法を中心に——」四二四頁、四二七頁(29)、浅古弘等編『日本法制史』(青林書院、二〇一〇年)一八〇頁参照。

³ 近世藩法に贖刑(贖罪)の制度が存在することについては、「贖罪の制は御定書にはないが、藩法には之を設けたのがある。老幼廢疾等で本刑を科せざる者に贖罪銭を出させたのである。」(牧健二『日本法制史概論 完成版』弘文堂書房、一九四八年、三八二頁)、「律令以降も近世藩

法のうちのあるものは贖罪の制度をもっており、明治初期の新律綱領、改定律例にも同じ制度を規定している。」(牧英正「日本古代贖罪制度考」大阪市立大学『法学雑誌』第四卷第三・四号、一九五八年、七五頁)等の指摘が見られる。

⁴ 服藤『幕府法と藩法』四二四頁、高塩博「江戸時代享保期の明律研究とその影響」(高塩博『江戸幕府法の基礎的研究《論考篇》』汲古書院、二〇一七年、初出、池田温・劉俊文編『日中文化交流史叢書』第二卷 法律制度、大修館書店、一九九七年) 八二頁参照。

⁵ 小早川欣吾「明律令の我近世法に及ぼせる影響」【小早川論文】(『東亜人文學報』第四卷第二号、一九四五年) は本分野の基礎的研究であり、「国律」・「御刑法牒」(「寛政律」)・「新律」の成立過程および内容について検討がなされている(三九〇～三九四頁)。

⁶ 複数の明律系藩法の贖刑規定について触れた研究を挙げるならば、古城正佳『米沢藩刑法』(専修大学出版局、二〇〇三年)では、刑罰(五七〇～五七四頁)と責任能力(四〇〇～四〇八頁、四一八～四二七頁)とについて、それぞれ諸藩との比較が行われており、明律系藩法として

「国律」・「刑則」(刑罰のみ)・「刑法草書」・「新律」・「寛政律」が挙げられている。このほか、大竹秀男「江戸時代の老人観と老後問題——老人扶養の問題を主として——」(利谷信義等編『老いの比較家族史』三省堂、一九九〇年) 一八六～一八七頁、柴田純『日本幼児史 子どもへのまなざし』(吉川弘文館、二〇一三年) 六三～六四頁は、明律系藩法の高齢者・幼年者の責任能力規定に着目する。本編で述べるように明律系藩法は高齢者や幼年者の犯罪に贖刑を科す場合がある。

また、拙稿「近世日本の刑事法における高齢者——「明律」の影響——」(『立命館法政論集』第一三三号、二〇一五年)は、明律系藩法における高齢者の刑事責任規定について考察を加えたものであり、本編の内容とも少なからず関連するので参照されたい。

⁷ 明代の贖刑制度に関する文献としては、宮澤知之「明代贖法の変遷」(梅原郁編『前近代中国の刑罰』京都大学人文科学研究所、一九九六年)、陶安あんど「中国刑罰史における明代贖法——唐律的「贖刑」概念との比較——」(『東洋史研究』第五七卷第四号、一九九九年)、陶安あんど「律と例の間——明代贖法を通じてみた旧中国法一斑——」(『東洋文化研究所紀要』第一三八冊、一九九九年)、野口鐵郎編訳『訳注 明史刑法志』(風響社、二〇〇一年) 九一～一三三頁、滋賀秀三『中国法制史論集(法典と刑罰)』(創文社、二〇〇三年) 二二二～二三五頁、梅原郁編『訳注中国近世刑法志』下(創文社、二〇〇三年) 三五二～三六八頁、石岡浩・川村康・七野敏光・中村正人『史料からみる中国法史』(法律文化社、二〇一二年) 六〇～六一頁、佐立治人「明朝の立法・刑罰・裁判」(『関西大学法学論集』第六七卷第六号、二〇一八年) 二八五～二九三頁、谷井陽子「清律の基礎知識」(谷井俊仁・谷井陽子『大清律 刑律1——伝統中国の法的思考』平凡社、二〇一九年) 六四～六六頁を参照。

- 8 滋賀『中国法制史論集』二二二頁参照。
- 9 宮澤「明代贖法の変遷」三五六・三五七、三九一頁、滋賀『論集』二二二頁参照。
- 10 宮澤論文・三九一頁参照。
- 11 宮澤論文・三九一頁、滋賀『論集』二三四頁、陶安「中国刑罰史における明代贖法」一三九頁以下参照。
- 12 宮澤論文・三九二頁、滋賀『論集』二二三頁参照。
- 13 宮澤論文・三九一・三九二頁、滋賀『論集』二三四・二三五頁参照。
- 14 義江彰夫「院政期の没官と過料——中世財産刑形成前史——」（土田直鎮先生還暦記念会編『奈良平安時代史論集 下巻』吉川弘文館、一九八四年）三九七頁以下参照。
- 15 金田平一郎「徳川幕府『過料』刑小考」（蠟山政道編『国家学会五十周年記念 国家学論集』有斐閣、一九三七年）四、一〇〇—一二頁参照。また以上、牧英正「過料」（『国史大辞典』第三卷、吉川弘文館、一九八三年、六七六・六七七頁）参照。
- 16 喜多三佳「清代の「罰金」と地方財政」（『法制史研究』第五六号、二〇〇六年）八八頁参照。
- 17 義江「院政期の没官と過料」三九七頁参照。
- 18 同・四〇九頁参照。
- 19 この一例として、徂徠が贖刑を「過料」と呼んでいること、そして両者を区別していることについては、本研究第一編第四章参照。
- 20 この分野の総合的研究としては、前掲の小早川論文と、高塩「江戸時代享保期の明律研究とその影響」、また、小林宏「徳川幕府法に及ぼせる中国法の影響——吉宗の明律受容をめぐって——」【小林中国法論文】（小林宏『日本における立法と法解釈の史的研究』第二卷 近世、汲古書院、二〇〇九年、初出『國學院大學日本文化研究所紀要』第六四輯、一九八九年）がある。
- 21 小林中国法論文、小林宏「徳川吉宗と過料刑の成立——立法における経書の意義に寄せて——」【小林過料刑論文】（小林前掲書所収、初出『法史学研究会会報』第九号、二〇〇四年）。
- 22 『大明律例諺解』の刊本は存在しないが、『大明律例訳義』については、小林宏・高塩博編『高瀬喜朴著 大明律例訳義』（創文社、一九八九年、以下『大明律例訳義』）として翻刻されている。『官准刊行明律』と『明律国字解』については、内田智雄・日原利国校訂『律例対照定本明律国字解』（創文社、一九六六年）として翻刻されている。また『官准刊行明律』の影印は、大庭脩編著『享保時代の日中関係資料 三八荻

生北溪集V——近世日中交渉史料集四——』関西大学東西学術研究所資料集刊九—四（関西大学出版部、一九九五年、以下『荻生北溪集』）に収録されている。

本編において「明律」および「問刑条例」の条文を引用する場合は、『官准刊行明律』を翻刻する『律例対照 定本明律国字解』（以下『明律国字解』）に従った。『官准刊行明律』は近世において全国的に普及しており、諸藩でも用いられていたと考えられている「明律」「問刑条例」の版本である（高塩「江戸時代享保期の明律研究とその影響」八二頁参照）。

²³ 高塩「江戸時代享保期の明律研究とその影響」八一・八二頁参照。

二 熊本藩「刑法草書」

（一）「刑法草書」の概要

熊本藩（肥後藩）六代藩主の細川重賢の「宝暦の改革」により制定された「刑法草書」は、明律系藩法の中でも特に有名なものであり、多くの研究がなされてきた¹。古くは、金田平一郎氏や牧健二氏による研究²があり、近年においては、鎌田浩氏による熊本藩刑政の研究³、高塩博⁴氏による徒刑や笞刑に関する研究⁴、小林宏氏による中国法との関係についての研究⁵が公となっている。

（1）「刑法草書」の編纂過程

『熊本藩法制史料集』所収の高塩博氏による解題⁶によれば、「刑法草書」の編纂過程は以下のようなものである。宝暦三年（一七五三）に藩主・重賢は大奉行の堀平太左衛門に刑法の編纂を命じた。そして翌宝暦四年に重賢に提出されたものが「御刑法草書」と名付けられた刑法典である。これは『熊本藩法制史料集』に、(1)「宝暦四年捧呈、同五年施行の刑法草書（一）」（二）「堀第一草書、堀第二草書」として二種収録されているものであり⁷、このうち堀第二草書が宝暦五年に施行に移されたものである⁸。

この宝暦五年施行「刑法草書」は応急的な刑法典であり、熊本藩では、より完成度の高い刑法典の編纂が目指されることになった。この編纂作業によって生まれた草案が、『熊本藩法制史料集』に、(2)「律艸書」、(3)「第一次草案」、(4)「第二次草案」として収録されているものである。

このうち第二次草案に若干の修正を施して、宝暦十一年（一七六一）に施行されたものが、以降、明治初期まで効力を有した、(5)「宝暦十一年

施行の刑法草書」である¹⁰。

また、天保一〇年（一八三九）には、この宝暦十一年施行「刑法草書」に、追加法である「例」、および参考とすべき判例等を附加した「御刑法草書附例」が制定された¹¹。これには、『熊本藩法制史料集』所収の「御刑法草書附例」の底本である「松本本」と、翻刻に加えられた「東大本」、ならびに『近世藩法資料集成』第二巻¹²、および『藩法史料集成』¹³所収の「京大本」、そして最高裁判所図書館所蔵の「最高裁本」といった伝本が知られているが、このうち「京大本」と「最高裁本」が明治初年までの「例」や判例を載せている¹⁴。

以上、複数の「刑法草書」の種類を掲げたが、実際に施行されたものは、宝暦五年施行本と、宝暦十一年施行本（またその増補である「御刑法草書附例」ということになる。「刑法草書」における贖刑について明らかにするにあたっては、この両者を検討すれば十分であるように思われるが、草案類もまた実際の「刑法草書」の運用にあたって参照されたという指摘があり¹⁵、また立法過程における変遷を説明することも重要であると思われるので、本章においては「刑法草書」の諸草案をも含めた、(1)宝暦五年施行本、(2)「律艸書」、(3)第一次草案、(4)第二次草案、(5)「御刑法草書附例」（宝暦十一年施行本）¹⁶の五種を検討の対象としたい¹⁷。

ただし第二次草案は、宝暦十一年施行本がこれの修正版であることから、両者の贖刑規定の内容については、ほとんど差異が無い。したがって第二次草案の贖刑規定に関しては、「御刑法草書附例」（宝暦十一年施行本）の箇所併せて触れるものとする。

また、「刑法草書」の編纂や運用の過程で参照された明律注釈書との関係で、先行研究で指摘されている点について述べておきたい。「刑法草書」の編纂や運用には「明律」が用いられたのであるが、熊本藩では「明律」を理解するにあたって、荻生北溪の『官准刊行明律』や、荻生徂徠の『明律国字解』、高瀬学山の『大明律例訳義』といった注釈書が参照されており、特に学山の『訳義』は思想面に関しても大きな影響を与えていたと考えられている¹⁸。したがって、本章においてもこれら注釈書との関係を必要に応じて指摘したいと思う。

(2) 贖刑に関する先行研究

「刑法草書」における贖刑について取り上げて検討を行っている研究としては、八重津洋平「刑法草書」を中心とした熊本藩の刑罰体系について」（八重津論文）¹⁹がある。同論文は「京大本」の「御刑法草書附例」を主な素材として、「刑法草書」の刑罰制度について検討を加えたものであるが、「換刑」として「贖」および「力役」を挙げて、その適用要件や帰属について論じ、中でも「老幼廢疾者」の贖刑について条文の検討を行っている（九三～九六頁）。

また、山中至「熊本藩『刑法草書』における殺人罪・傷害罪の法的構成について」(山中論文)²⁰では「京大本」に従い、内済や過失殺傷、狂疾による殺傷の場合における贖刑の適用について言及されている(二六五～二六八頁)。本章における「刑法草書」の贖刑制度の検討においては、これらの研究に多くを拠っており、とくに八重津論文の見解に従っている箇所も多いため併せて参照されたい。

もつとも、これらの研究も「刑法草書」の贖刑制度のみを論じたものではなく、第一章で掲げた論点からの検討が十分になされているわけではない。したがって本章では以下、「刑法草書」の諸本について、条文を掲げて考察を加えていきたい。

(二) 宝暦五年施行本

先に述べたように宝暦五年施行「刑法草書」(「御刑法草書」)には、(1)堀第一草書、(2)堀第二草書という二種の伝本が存在する。両者はほぼ同一の規定内容を有するが、施行に移された堀第二草書は、その過程において増補・改訂が加えられており、頭注・脚注を有するなど差異が見られる²¹。

宝暦五年施行「刑法草書」における贖刑の存在については小林宏氏により、「又堀第一・第二草書の「過怠錢」も、もとより明律の贖銅錢に倣ったものであるが、更に遡れば、『尚書』の「金作三贖刑」及びその孔伝「誤而入罪、出金以贖之」という文に基づくものである。「律艸書」⁶⁴では、右の「過怠錢」を『尚書』と同様、「贖刑」と呼んでいることに注意すべきであろう。²²と指摘されている。このように、「刑法草書」における贖刑は、「過怠錢」という名称で呼ばれている。

「過怠錢」と正刑たる「笞」「眉なし」「追放」「死刑」との対応については、堀第一草書 58 条、または堀第二草書の 66 条に「過怠錢」(堀第二草書頭注には「例」とある。)という条文があり、これを整理すると、それぞれ以下のように贖の額が割り振られている²³。

- ① 笞十(錢三百文)、二十(六百文)、三十(九百文)、四十(一貫二百文)、五十(一貫五百文)、六十(一貫八百文)、七十(二貫百文)、八十(二貫四百文)、九十(二貫七百文)、百(三貫文)
- ② 眉なし一年(錢十二貫文)、一年半(十五貫文)、二年(十八貫文)、二年半(二十一貫文)、三年(二十四貫文)
- ③ 追放三里(錢十貫文)、四里(十三貫文)、五里(十六貫文)、六里(十九貫文)、七里(二十二貫文)、御境目追放(三十貫文)
- ④ 死刑(四十貫文)

宝暦五年施行「刑法草書」の条文の「明律」条文との関係については、高塩氏による堀第二草書との対応表があり、これによるならば、「明律」の①刑律・人命・戯殺誤殺過失殺傷人条や、②名例律・工樂戸及婦人犯罪条、③同・老小痲疾收贖条に相当する条文を検出することができる²⁴。

①過失殺傷

「明律」の戯殺誤殺過失殺傷人条に相当する条文は、堀第一草書21条、また堀第二草書の24条にあり、「殺傷」という頭注がつけられている。堀第二草書より引用すると以下の通りであり、堀第一草書とほぼ同様である。

一 耳目の及ざる処、思慮の至らざる時、過つて人を殺し傷くる者ハ、喧嘩口論ニ依て人を殺傷するの罪に准し、律に依て過怠錢を出さしめ、殺し傷らる人の家に給し、葬埋医薬の料とすべき事、²⁵

「過失殺傷」の場合において、收贖して被害者の家に給付することは、「唐律」や「明律」に見える²⁶。「明律」刑律・人命・戯殺誤殺過失殺傷人条より、「過失殺傷」に関する部分を引用すると以下のとおりである。

○若過失殺傷人者、各准鬪殺傷罪、依律收贖、給付其家。へ過失謂、耳目所不及、思慮所不到……皆准鬪毆殺傷人罪、依律收贖、給付被殺被傷之家、以為營葬及医薬之資。²⁷

宝暦五年「刑法草書」の条文と戯殺誤殺過失殺傷人条とを比較するならば、両者の条文構成は、「喧嘩口論ニ依て人を殺傷するの罪」(鬪殺傷罪)に准じて、それぞれ相当する刑を換算し、被害者の家に給付するというものであつてほぼ同内容であり、実質的な相違点は、「耳目所不及、思慮所不到」という「過失」の定義を、後者が注として記載しているのに対し、前者はその内容を本文に組み込んである点のみであることが見て取れる。

「刑法草書」の過失(および後述の「狂疾」)による殺傷規定については、山中至氏が後に掲げる「御刑法草書附例」の同規定について考察を

加えており、被害者側からの宥免願が必要とされていない点、律令的合理主義による刑事責任と民事責任の未分化という点に注目されている²⁸。この点に関して宝暦五年施行本の本条は、後の宝暦十一年施行本の規定と同じ性質をすでに有している。

「公事方御定書」には「人に疵付候もの療治代、疵之不依多少 町人百姓ハ 銀壹枚」(下巻71条)²⁹等の、傷害事件の場合に治療代を出させる規定は存在するが、一律に銀一枚とされ、傷害の程度に応じたものではない³⁰。この宝暦五年施行本の条文は、「刑法草書」が「御定書」ではなく「明律」に倣ったことを示す好例と言えるであろう³¹。

②女性の犯罪

工楽戸及婦人犯罪条のうち、女性の犯罪の収贖に関する条文については、堀第一草書42条、堀第二草書48条にあり、「例」という頭注がつけられている。これも両者は同様であり、堀第二草書から引用すると以下の通りである。

- 一 婦人姦罪を犯す者ハ、衣を去て刑を受け、余罪ハ単衣罰を決すべし、若し眉なし追放を犯す者ハ、笞百に決し、皆入墨を免すべし、余罪ハ過怠錢を出しむべき事、³²

また「明律」名例律・工楽戸及婦人犯罪条より、該当部分を引用すると以下の通りである。

……其婦人犯罪応決杖者、姦罪去衣受刑、余罪単衣決罰。皆免刺字。若犯徒流者、決杖一百、余罪収贖。³³

このように「明律」では女性が徒・流刑を犯した場合に、杖一百のみを執行し余罪を収贖するとしているが、こうした女性の犯罪の収贖は「唐律」にはなく、「明律」において初めて現れるのであり³⁴、熊本藩が「明律」の規定を参酌したことを明確に示す一例と言えるであろう。先の宝暦五年施行本の条文を見ると、「眉なし」(徒刑)と追放の場合には徒刑・追放を行わず笞百のみを執行し、残りを過怠錢に換える方法を採用している。ここでは宝暦五年施行本の刑罰体系に従って「流」が「追放」に、「杖百」が「笞百」に置き換わっていること以外は、「明律」と同様の規定となっている³⁵。

なお、高塩氏の研究に従い、以降の「刑法草書」の女性に対する科刑の規定の変遷を確認したい³⁶。後述のように「律艸書」と第一次草案は、本条同様に女性の犯罪を收贖する規定を有している。ところが宝暦十一年施行「刑法草書」や「御刑法草書附例」の名例編「婦女犯事」条は、姦犯・殺傷・盗賊・死罪を犯す者のみを刑に処し、かつ刺青・徒刑・追放を科さないと定めるのみで收贖の規定を有さない³⁷。この收贖規定が削除されたのは第二次草案からであるが、高塩氏は当該規定が削除された理由について不明としている³⁸。また八重津論文では、たとえば徒刑に当たる場合に、どのような刑罰が科されたのかという疑問が呈されている³⁹。

ともあれ、「刑法草書」が女性に対する科刑に関して、一定の優遇措置を設けていたということは一貫している。幕府法は女性の科刑に関して、敲刑や懐胎の場合を除いて特例を認めていないのであり⁴⁰、幕府法とは異なる「刑法草書」の特徴とされているところである⁴¹。

③老小廢疾者の犯罪

老小廢疾収贖条に相当する条文については、堀第一草書43条、堀第二草書49条にあり、同じく「例」という頭注がつけられている。これも両者は同様であり、堀第二草書から引用すると以下の通りである。

- 一 凡年七十歳以上十五歳以下及び廢疾のものハ、過怠錢を出しむべし、八十歳以上十歳以下及び篤疾の者、死罪を犯す事あらハ、尊聴に達すべし、盜ミ或人を傷る時は、過怠錢を出しむ、其余ハ論なし、九十歳以上七歳以下、死刑を犯すとも罰を加へず、若し人ありて教令する時ハ、其教令の者を布刑すべき事、⁴²

「明律」の名例律・老小廢疾収贖条は以下の通りである。

凡年七十以上、十五以下及廢疾、犯流罪以下收贖。八十以上、十歳以下及篤疾、犯反逆殺人死罪、議擬奏聞、取自上裁。盜及傷人者亦收贖。余皆勿論。九十以上、七歳以下、雖有死罪、不加刑。其有人教令、坐其教令者。若有贓応償、受贓者償之。⁴³〔注は省略〕

これは年齢や心身障害の程度を、七十歳以上、十五歳以下および廢疾、八十歳以上、十歳以下および篤疾、九十歳以上、七歳以下の三段階に

分けて刑事責任を減免するものである⁴⁴。宝暦五年施行「刑法草書」の条文もまた「明律」と同様に、高齢者・幼年者・心身障害者の犯罪について、年齢や障害の程度に応じて、過怠錢により実刑を免じる同様の方法をとっている。

幕府法においてこれらの者に贖刑を科さないことは言うまでもないが、特に高齢者については、幕府法には科刑に関する明確な法規制が存在しないのであり⁴⁵、こうした観点より、「刑法草書」を含む明律系藩法が、高齢者や幼年者、障害者、とりわけ高齢者の刑罰を減免する規定を有していることは、つとに注目されてきた⁴⁶。

また律では、犯行後や服役中に年齢や障害の条件に変動が生じた場合は、犯人にとって有利な方の条件を適用するという条文があり⁴⁷、「明律」では以下のように名例律・犯罪時未老疾条に規定されている。

凡犯罪時雖未老疾而事発時老疾者、依老疾論。若在徒年限内老疾、亦如之。犯罪時幼小、事発時長大、依幼小論。〔注は省略〕⁴⁸

これもまた同様の規定が、堀第一草書 44 条、堀第二草書 50 条に見える。両者は同様であり、堀第二草書から引用すると以下の通りである。

一 総て罪を犯す時老病あらず、事発る時老病ある者ハ、老病といふによつて論ずべし、若し眉なしの年限の内に老病となる者も、又是に
准すべし、罪を犯す時幼少にして、事発る時長大なるハ、幼少といふによつて論ずべき事、⁴⁹

以上のように「刑法草書」は宝暦五年施行本の段階において、後の宝暦十一年施行本につながる「明律」に准じた贖刑規定を有しているのである。

(三) 諸草案

(1) 「律艸書」

「律艸書」では「過怠錢」の名称は、前掲の小林氏の指摘にもあるが、「贖刑」に改められている。贖額は「名例律」に当たる「例律」の 18 条「贖刑」条において、「銅錢」の額で定められている⁵⁰。「追逐」(追放) 六里・七里の贖額が、それぞれ十八貫文・二十一貫文となっている以

外は、宝暦五年施行本の「過怠錢」の額と同様である⁵¹。

この「贖刑」が適用されるのは、先の宝暦五年施行本と同じく、「例律」の編における女性の犯罪や、高齢者・幼年者・心身障害者の犯罪の場合と、「殺傷鬪殴」の編における過失殺傷の場合である。以下、条文を掲げる。

「例律」 12 条

○凡婦人ノ犯罪ハ、笞ヲ以決スベキ者、姦罪ナラハ衣ヲ去テ刑ヲ受、余罪ハ単衣罰ヲ受シム、皆刺墨ヲ免ス、若シ徒・追逐ヲ犯ス者ハ決スルニ笞一百、余罪収贖、⁵²

「例律」 14 条

○凡年七十已上十五已下及廢疾、徒刑罪已下収贖、八十已上十歳已下及篤疾、死刑ヲ犯ス者ハ奏聞シ上裁ヨリ取ル、盜及人ヲ傷ル者モ収贖、⁵³ 其余論無シ、⁵³

〔九十歳以上、七歳以下の規定は同 15 条に、犯罪時未老疾条相当の規定は同 16 条に見える。〕

「殺傷鬪殴」 47 条

○耳目ノ不及、思慮ノ不到、過失ニ因テ人ヲ殺傷スル者ハ、鬪殺罪ニ准シ、律ニ依テ贖ヲ収テ、殺シ傷ラル人ノ家ニ給シ營葬及医薬ノ資トス、⁵⁴

以上のように「律艸書」は、宝暦五年施行「刑法草書」の贖刑規定を踏襲している。

(2) 第一次草案

第一次草案は他の「刑法草書」と比べて、特に複雑な贖刑制度を規定している。これが端的に現れるのが、第一次草案の特徴とされている⁵⁵、「御刑法例書」 11 条「無力の者、工役を做す事」条⁵⁶に附された「贖刑之例」という表である。これは笞一十より刎首に至る正刑と、各種の

贖罪方法との対応を示した表であり、中国で編纂された明律注釈書や『大明会典』所収の、在京・在外「納贖諸例図」等に類するものであると考えられる。『官准刊行明律』には在京・在外「納贖諸例図」が載せられており、『会典』もまた熊本藩で利用されていたから参照は容易であったと思われる⁵⁷。

表の最上段の(1)「贖錢」の項目には、笞一十から笞一十から笞一十に至る刑罰が列挙されており、それぞれの刑罰に対応した贖額が表記されている。これを整理すると以下のような対応関係となる⁵⁸。

- ① 笞一十（銅錢一貫文）、二十（同二貫文）、三十（同三貫文）、四十（同四貫文）、五十（同五貫文）、六十（同六貫文）、七十（同七貫文）、八十（同八貫文）、九十（同九貫文）、一百（同十貫文）
- ② 徒一年（同十五貫文）、徒一年半（同二十貫文）、徒二年（同二十五貫文）、徒二年半（同三十貫文）、三年（同三十五貫文）、墨徒三年（同四十貫文）、額墨三年（同四十五貫文）
- ③ 笞首（同五十五貫文）

また右端の縦列には、以上の「贖錢」のほかに、(2)「独礼並同列」、(3)「歩段並諸役人段」、(4)「足輕段」、(5)「沙門神職ハ罰錢、事故により逼塞有之節ハ左之通」、(6)「婦人 罰錢男子三分之一」、(7)「無力之者做工」、(8)「無力之者做役」の項があり、それぞれ笞一十から笞一十に至る正刑と対応した贖罪の内容が規定されている。その詳しい内容は後の対応する箇所の説明したいと思うが、これらには必ずしも財産に依らない贖罪方法が規定されている。

第一次草案の贖刑の適用対象は、①武士等の犯罪、②女性の犯罪、③犯罪存留養親、④老幼廢疾者の犯罪、⑤過失殺傷、⑥誣告の場合である。これらに加えて、⑦「無力の者、工役を做す事」条もまた、第一次草案の贖刑制度において重要な位置を占めていると思われるので、取り上げて検討を行いたい。

①武士等の犯罪

第一次草案の贖刑制度の特色の一つは、武士や僧侶・神職等の身分のある者に、贖刑が認められる場合が多いことである。第一次草案の名例

律にあたる「御刑法例書」には、武士等の犯罪について広範に贖を認めた条文が存在している。

「御刑法例書」4条「独礼並ひに諸役人段の者、罪を犯事」

凡独礼並ひに諸役人段の者、罪を犯さは、賊盜姦犯ハ本罪に処し、（姦罪によつて連累して罪を得る者ハ、論時斟酌有へし、）余ハ贖刑の例に依て論定すへし、○若犯時、律に依てハ輕しといへとも、罪状により御家人に例しかたきものハ、律条に不抱（拘）奪俸奪刀臨時論決、○若罪殊に重ふして、たゞちに本罪に処せらるへき者も又如之、⁵⁹

「独礼並ひに諸役人段の者」が、「賊盜姦犯」以外の罪を犯した場合は、「贖刑の例」に基づいて論決することになっている。

「例書」5条「足輕並ひに同列の者、罪を犯事」

凡足輕並に同列の者、罪を犯すハ、公罪ハ贖刑の例に論定すへし、（公罪とハ、越度過ちにて罪を得るを云、）私罪を犯者は各本罪に依て科断す、（自から故らに工ミテするを私罪と云、）若私罪を犯すと云共、直ちに刑に処し難きものと、（御家人といふを以、罪により庶人と同様に直ちに刑に処し難き類ひをいふ、）罪に就てハ本罪に処すへけれ共、情におゐて贖ふへきものとハ、（たとへハ直すへきに直せされハ答二十に処せらるへけれども、老父母俄に病ひ有て、外に看病のもの無く捨置に不忍、直を欠と云かことき、情におゐて不得止事、私罪を犯たる類を云、）並ひに贖刑の例に依て臨時論決、⁶⁰

足輕以下の下級の武士を対象にした条文である。これによるならば、ともに「公罪」については贖刑が適用されることになっている。また「私罪」であっても、「直ちに刑に処し難きもの」の場合と、後述の犯罪存留養親の条文と関連すると思われるが、「情におゐて贖ふへきもの」の場合にも贖が許されるのである。「明律」の名例律・文武官犯公罪条と同・文武官犯私罪条¹においては、文武官の公罪・私罪を収贖する場があるから、これに倣ったものと思われる。

このほか足輕未満の者についても、公罪の場合で「直に刑に処し難き者」についてはこれもまた贖刑が認められることになっている。

「例書」6条「御長柄之者已下無名之者、御給扶持被下置候者共、罪を犯事」

凡御長柄之者已下無名之者、御給扶持被下置候者共、罪を犯ハ、庶人に准して論す、其公罪を犯、直に刑に処し難き者ハ、足輕段贖刑の例に依て臨時論決、^{6,2}

また僧侶や神職の者にも贖刑が認められる。

「例書」7条「沙門並ひに神職之者、罪を犯す事〈修験者・陰陽師の類准之、〉」

凡沙門並ひに神職之者、罪を犯さは庶人に准して論す、若寺院の主並ひに法官有る者と、大社の神職及位階有てたゞちに刑に処し難き者にして、贖刑の例に依るへきハ臨時論決、〈但座頭ハ檢校・勾当等の法官有之者と云共、庶人に准し篤疾を以論、被召抱候ハ、其段式に准し可申付事、〉^{6,3}

このように一般の僧侶・神職は庶人と同一の扱いを受けるが、高位の僧侶・神職については贖刑の対象となっている。

ここで4〜7条の条文中に散見する「贖刑の例」について確認しておきたい。これは先に言及した表の「贖刑之例」を指すと思われる。この「贖刑之例」には、これら4〜7条に対応すると思われる項が存在する。(2)「独礼並同列」、(3)「歩段並諸役人段」、(4)「足輕段」、(5)「沙門神職ハ罰錢、事故により逼塞有之節ハ左之通」の四項目がそれである。これらの項に規定された答一十から刎首に至る贖罪の内容を確認すると、「贖錢」の金額ではなく、「逼塞」「追込」等の期間や、「追逐」「奪刀」等の処分が列挙されているのである^{6,4}。これによるならば第一次草案の「贖刑」は、必ずしも金銭による贖罪を想定していなかったようである。

②女性の犯罪

第一次草案には宝暦五年施行の「刑法草書」や「律艸書」と同じく、女性を贖刑の対象とする条文も存在する。

「例書」18条「婦人罪を犯す節、申付やうの事」

凡婦人、罪を犯し笞刑に処せらるゝ者、姦罪ならハ衣を去て刑を受しめ、其余の罪ハ単衣にて笞を受しむへし、尤皆入墨を免す、若徒刑・追逐に当らハ笞一百に処し、余罪は贖を収へし、……⁶⁵

18条は宝暦五年施行「刑法草書」や「律艸書」と同様に、徒刑・追放の場合ハ笞一百のみを執行し、残りを贖に換えるという条文である。第一次草案にはこれとは別に、武士等の妻女を対象とした条文もまた存在している。

「例書」9条「婦人、罪を犯事」

凡婦人、罪を犯すハ、俸禄有る者の妻女並にたゞちに刑に処し難き者の妻女ハ、贖刑の例に因て論す、足輕段已下の妻女ハ、笞刑以下本罪に処し、徒刑追放ハ贖刑の例に因て罰錢すへし、⁶⁶

前段部では、「俸禄有る者の妻女」等が罪を犯した場合、特に刑罰や犯罪を限定することもなく「贖刑の例に因て論す」としている。後段部の「足輕段已下の妻女」については、笞刑はそのまま執行するが、徒刑・追放は「贖刑の例に因て罰錢すへし」とあり、18条に見られた笞一百は見えない。すなわち武士等の妻女については一般女性よりも優遇して贖刑を適用するのである。

こうした身分のある者の妻女に特別有利な条件で贖刑を適用することを認めた、本条と同様の条文は、「明律」の本文中には検出することはできない。ただ「問刑条例」の中に、命婦と軍職の正妻に納鈔を認めた「婦人有犯姦・盜・不孝并審無力与樂婦、各依律決罰。其余有犯笞・杖并徒・流・雜犯死罪、該決杖一百者、審有力与命婦・軍職正妻、俱令納鈔。」⁶⁷という条文が存在する。第一次草案の本条文はこの「問刑条例」中の条文を取り出して立法化したものと思われる。

なお、前述の「贖刑之例」を今一度確認すると、(1)「贖錢」のほか(6)「婦人 罰錢男子三分之一」という項目が存在している。この「罰錢」の項目には、笞一十の三百五十文より笞首の三十貫文まで、それぞれ正刑と対応してその額が定められている⁶⁸。これを先に掲げた「贖錢」の額と比較すると、いずれの刑においても「罰錢」のほうが低額となっていることが認められる。これが女性の犯罪全般に適用することを想定していたのか、あるいは9条に「罰錢」とあることから、武士等の妻女に限った項目であるのかは不明である。

③ 犯罪存留養親

第一次草案で注目すべきなのは、「明律」の犯罪存留養親条に做った規定が存在する点である。

「例書」15条「罪を犯す者を存留せしめて親を養ハしむる事」

凡人を殺し、上にかゝる物を盗ミ、及び強盜竊盜付火詐りこと偽せこと姦事徒党、且讒言して人を殺、故らに人を罪に出入せしめ、若しくハ罪人を隠し、或に逃したる者の外、死罪を犯して、祖父母父母老（七十歳已上）疾（廢疾のもの已上）なるに、外に養待すへき十五歳以上の男子（子孫姪）無きものハ、犯したる罪状具さに書付、上裁を受へし、若徒罪を犯さハ答一百に処し、余罪は贖を収、（たとへハ徒一年の罪を犯す者、贖錢十五貫文なるに、答一百に処すれハ、答一百の贖錢十貫文を引て残る五貫文の贖を収むるをいふ、余も皆如比、）還して親を養ハしむ、○死罪の者、若し上裁にて死を被宥候ハ、是又答一百に処し、余罪贖を収むへき事、⁶⁹

律には古くから犯人の父母等が高齢な場合に、科刑上優遇する規定が存在したが、「明律」ではこれが收贖の対象となった⁷⁰。これを規定した「明律」名例律・犯罪存留養親条を掲げると以下の通りである。

凡犯死罪非常赦所不原者而祖父母・父母老疾応侍、家無以次成丁者、開具所犯罪名奏聞、取自上裁。若犯徒流者、止杖一百、余罪收贖、存留養親。⁷¹

先の第一次草案の条文を見れば、特に重大な犯罪を除いて、死罪は「上裁」を受け、徒刑は答一百の上、收贖するという「明律」のものと類似した規定となっている⁷²。

また以下のように、④老幼廢疾者の犯罪や、⑤過失殺傷の場合の收贖規定も備えており、その内容は「明律」や宝曆五年施行本、「律艸書」と同様である。

④ 老幼廢疾者の犯罪

「例書」 16条「老（七十歳以上）幼（十五歳以下）廢疾之者、罪を犯したる節、申付やうの事」

凡年七十以上十五以下及び廢疾之者、徒刑以下の罪を犯さは贖を収む、八十以上十歳以下及び篤疾の者、死罪を犯さは、上裁を受へし、盜ミ若しくハ人を傷る者、贖を収む、其余ハ論なし、……⁷³

「例書」 17条「罪を犯したる節、未老疾者之事」〔条文略〕

⑤ 過失殺傷

人命・9条「戲殺誤殺過失殺傷」

……○若過失に人を殺傷する者ハ、各闘毆殺傷の罪に准し、收贖して其家に給す、（過失とハ、耳目の及ハさる所、思慮の不到所を云、……凡初より人を害するの意無くして、偶に人を殺傷することを致す者ハ、闘毆殺傷の罪によつて論し、例に依て贖を収め、殺され傷らるゝ人の家に給し、當葬医薬の資とす、）⁷⁴

⑥ 誣告

「明律」では誣告反坐の場合の收贖が新たに導入されているが⁷⁵、第一次草案はこれもまた取り入れている。

訴訟・3条「誣告（誣ハ云かけ也、）」

……○若二事以上を告んに軽事は実を告げ、重事ハ虚を告げ、或ハ一事を告るに軽を誣して重とする者ハ余る所の罪に反坐す（收贖）、若誣する所の人已に刑に処せられハ、余る所の罪を以本罪に処す、未論決せざるハ、答罪ハ贖を収め、徒罪ハ答一百、余罪ハ贖を収む、（二事を告んに、一事ハ答一百に当りて是虚、一事ハ答六十に当りて是実なるときハ、即ち実を告るの答六十の外、虚を告るの答四十を余罪として贖錢四貫文を収む、一事を告げて虚数加るも余罪を科すること又かくのことし、）⁷⁶

これは「明律」の刑律・誣告条に「○若告二事以上、軽事告実、重事招虚、或告一事誣軽為重者、皆反坐所剩。若已論決、全抵剩罪。未論決、答・杖收贖、徒・流止杖一百余罪亦聴收贖。」〔注は省略〕⁷⁷とあるものに由来している。

⑦「無力の者、工役を做す事」条

第一次草案の贖刑規定の中において最も特徴的なのは、以下の「無力の者、工役を做す事」条である。

「例書」11条「無力の者、工役を做す事（家資乏しきを無力の者といふ、）」

凡公罪を犯し若くハ過誤にして罪を得る類ひ、情におゐて直ちに刑に行ハれ難き者ハ、贖刑の例に因て罪を贖ハしむ、然るに無力にして贖錢を収め難き者ハ、贖刑無力の例に因て罪を贖しむへき事、⁷⁸

贖刑の対象となる者のうち、「無力」すなわち資力のない者には、「工役」を命じることを定めた条文である。この条のもとになったと考えられる条文は、「問刑条例」の五刑条附の第一条に見える。

凡軍民諸色人役及舍余・総小旗、審有力者と文武官吏・拳人・監生・生員・冠帯官・知印・承差・陰陽生・医生・老人・舍人、不分答・杖・徒・流・雜犯死罪、俱令運炭・運灰・運磚・納米・納料等項贖罪。若官吏人等例該革去職役与舍余・総小旗・軍民人等審無力者、答・杖罪の決。徒・流・雜犯死罪、各做工・擺站・哨瞭。情重者、煎塩・炒鉄。死罪五年、流罪四年、徒罪照徒年限。其在京軍丁人等、無差占者与例難的決之人、答・杖亦令做工。⁷⁹

これによれば資力のある「有力」の者等は物資の納入により贖罪させ、資力のない「無力」の者等は、「做工」以下の労役によって贖罪させるとしている。こうした贖罪の方法と刑罰との対応は、明律注釈書や『会典』に収められた一覽表によって示されており⁸⁰、『官准刊行明律』に載せられた「在京納贖諸例図」や「在外納贖諸例図」には、「做工」の期間や、米等の物資の量が表記されている⁸¹。

先に述べたように「例書」11条には、「贖刑之例」という表が付されている。「贖刑之例」には(7)「無力之者做工」、(8)「無力之者做役」という項目があり、11条はこの両項目に対応していると思われる。(7)「無力之者做工」には「諸職人之類、手職有之者、徒刑之者、同前二下行遣錢可被下事」として、答一十の十日より、刎首の五年まで、それぞれ正刑と対応した期間が定められている⁸²。また(8)「無力之者做役」には、「竹

木石土芝之類 一里一往還を一荷とす、道路遠近付て増減有へし」として、笞一十の二十荷より、刎首の「三年を限とす 千荷」まで「荷」数が定められている⁸³。

これらによるならば、第一次草案は、貧困により贖が収められない者については、労役や荷物の運搬により贖罪させることを想定していたと考えられる。もつとも第一次草案が明代の「例贖」のように、「律贖」に相当する①から⑥の場合以外にも、贖刑の適用を想定していたかは断言できない。しかしながら、「問刑条例」の条文と「納贖諸例図」に基づく、「做工」等の制度を取り入れている点から、「例贖」の継受を見て取ることができるのである。

以上の複雑な第一次草案における贖刑制度を整理したい。第一次草案は武士等に贖刑を認める規定が多く、そしてそれは金銭や労役ではなく「逼塞」や「奪刀」等による執行を想定していたであろうことが確認された。このほか宝暦五年施行「刑法草書」や「律艸書」と同様に、女性・老幼廢疾者・過失殺傷の収贖が存在する。新たに加わったのは、犯罪存留養親と誣告の場合の贖刑である。そして、第一次草案において最も特徴的なのは、「無力の者、工役を做す事」条と「贖刑之例」が見られることであり、明代の「例贖」の制度を継受していることがうかがわれるのである。

(3) 第二次草案

第二次草案の贖刑規定は、前述の通り、次で検討する宝暦十一年施行本とほとんど同内容であるため、ここでは要点だけを言及したい。第二次草案には、宝暦五年施行「刑法草書」や、「律艸書」、第一次草案で見られた正刑と贖刑との対応表が存在しない⁸⁴。女性の徒刑・追放を収贖する規定が削除されたことについては、先に述べたとおりである。犯罪存留養親については規定そのものが削除されており、誣告（云懸）の場合の収贖も確認することはできない。このように第二次草案に至って、贖刑を適用する規定は縮小している。そしてこれは宝暦十一年施行「刑法草書」にも継承されている。

(四) 「御刑法草書附例」〔宝暦十一年施行本〕

宝暦十一年施行「刑法草書」は正刑と贖刑との対応表を欠いている。「御刑法草書附例」では徒刑と死刑に限って贖刑との対応が復活しているが、笞刑については贖の額が、なお明記されていない。「御刑法草書附例」名例の「徒刑」条と「死刑」条における正刑と贖銅錢の対応は以下の

通りである。

徒刑

答六十徒一年 〈不論刺墨有無贖拾五貫文 除答贖九貫文〉

答七十徒一年半 〈右同贖貳拾貫文 除答贖拾三貫文〉

答八十徒二年 〈右同贖貳拾五貫文 除答贖拾七貫文〉

答九十徒二年半 〈右同贖三拾貫文 除答贖貳拾壹貫文〉

答百徒三年 〈右同贖三拾五貫文 除答贖貳拾五貫文〉

刺墨答百徒三年

額刺墨答百徒三年

右同答百雜戸

死刑 例贖銅錢四拾貫文⁸⁵

答刑を贖刑に換算する方法に関して小林氏は、鑑札を受けずに商売を行う罪に関する文政十年（一八二七）の「例」（本章第六節参照）に、「臨時御沙汰之旨背条ニ就、三貫文之贖」とあることから、「御定法ニ背」条（本節⑦参照）の定める答三十を、第一次草案（清田案）の「贖刑之例」に基づいて換算したものと指摘されている⁸⁶。

「徒刑」条の答六十徒一年の贖の額を確認すると、前半部には「不論刺墨有無贖拾五貫文」とあるが、これは第一次草案「贖刑之例」における徒一年の贖銭額十五貫文と一致している。残る答七十徒一年半から答百徒三年の贖額についても、「贖刑之例」のものと同様であるため、徒刑の贖額もまた「贖刑之例」に依拠していたと考えてよいだろう。後半部に「除答贖九貫文」とあることから、逆算して答六十のみの贖額は六貫文であり、これもまた「贖刑之例」と一致する。ただし死刑の贖額の四拾貫文は、第一次草案「贖刑之例」のものとは一致せず、以前の宝暦五年施行「刑法草書」の過怠銭の額と同じである。

「京大本」の「御刑法草書附例」を分析した八重津論文によるならば、贖刑が適用されるのは以下の場合である。

1. 閏刑として無官の僧侶・社人・陪臣・歩若党等の犯罪
2. 老幼廢疾者の徒刑以後の犯罪
3. 過失による殺人罪
4. 鬪毆後相手方と内済が成立し、相手方より願出のあつた場合
5. 云懸の罪、特定の地域に於ける無往來越境の罪、及び臨時の御沙汰之旨に違背する罪のうち、越訴、無札馬口勞、無札商売等の罪で、格別の造意もなく情緒軽き場合⁸⁷

『熊本藩法制史料集』所収の「宝曆十一年施行の刑法草書」等を確認するならば、このうち2と3は宝曆十一年施行「刑法草書」の当初からの規定であるが、1は起草後に増補された規定、4と5は後年の「例」等による規定である。1は①名例編「扶持人犯事」条、2は②名例編「老人幼少之者犯事」条、3は③人命編「誤殺傷戲殺傷過殺傷」条、4は④鬪毆編「鬪毆」条、5は、⑤雜犯編「云懸」条、⑥奔亡編「往來」条、⑦雜犯編「御定法ニ背」条にその規定が存在する。これらに加えて、⑧名例編「自ら罪状を訴出」条や、⑨雜犯編「獄囚逃出」条の「例」にも贖刑を適用する規定が見られる。以下、順に検討を加えたい。

①「扶持人犯事」条

八重津論文では「閏刑」として、無官の僧侶・社人・陪臣・歩若党等の犯罪に対して贖刑や「役」が科されることが述べられている⁸⁸。これは名例編「扶持人犯事」条の第一項および第三項に以下のように見える。

- 一 独礼以下之扶持人犯事有之は、刑条ニ不拘、遠慮・逼塞・減俸・奪俸・追放等、追々之見合を以判断、犯姦・出奔・盜賊且死罪を犯候者ハ、刑条ニ依判決、

附

有官之僧侶・社人、或ハ有由緒浪人、或ハ陪臣・中小姓以上准之、無官之僧侶・社人・陪臣・歩若党等之犯事ハ、刑条依て贖刑に
処し、姦犯・盜賊・死罪を犯候者ハ不贖、

一 〔略〕

一 贖刑之者、至貧にて贖錢出得ざるハ、役を以錢に當、⁸⁹

〔後略〕

第一項では、換刑として遠慮・逼塞・減俸・奪俸・追放等が列挙されているが、これは第一次草案の「贖刑之例」において明記されていた処
分であり、ある種の贖刑であると言える。第三項は第一次草案の「工役」の条文を受けたものと思われるが、貧困により「贖錢」が出せない場
合に「役」を命じるものである。

本条の制定過程を遡ると、第二次草案の「御刑法例書」4条「御家人犯事有之節、被仰付様之事」条⁹⁰や、宝暦十一年施行「刑法草書」の同
条⁹¹には、「贖錢」が出せない場合の「役」（第二次草案では「贖役」）についての規定は見えるが、いかなる身分の者に「贖錢」を科すかという
文言は見当たらない。ところが、本文とは別筆の付札によって、本条の「附」の規定が増補されている⁹²。これにより新たに「無官之僧侶」以
下が、贖刑の対象に加わったのである。宝暦十一年施行の「刑法草書」には起草後も増補・修正が施されたのであるが⁹³、これもまた起草後の
修正の一つである⁹⁴。「京大本」に見えるように、この規定は「御刑法草書附例」の諸本に継承されている。

なお、こうした「扶持人犯事」条における贖刑の適用については、運用上の変則がみられるので後述する。

②「老人幼少之者犯事」条

名例編「老人幼少之者犯事」条については、八重津論文で詳しく触れられているほか、老幼年者の刑事責任に関する文脈でいくらかの言及が
存在する⁹⁵。

- 一 七十歳以上十五歳以下之者、徒刑以下を犯候ハ、贖刑を以宥之、死刑を犯候ハ、当罪を以論す、
- 一 八十歳以上十歳已下之者、徒刑已下を犯候ハ、不加刑、死罪を犯候ハ、臨時上裁を仰く、

- 但人を傷け且致盜候ハ、父兄子孫より傷け候もの江医薬之料を給せしむ、盜之品は財主江還附せしむ、
- 一 九十歳以上七歳已下之者ハ、死刑を犯といへ共不加刑、若教て犯さしめ候ハ、教候者死罪を以論決、⁹⁶

本条も宝暦五年施行本以来の規定を継承している。贖刑の対象年齢については、寛政六年の「例」や、天保九年の「例」によって変更され、七十歳未満の者でも体調や情状によつては、収贖するように定められている⁹⁷。

ところで八重津論文でも指摘されているが、本条文には「明律」や、宝暦五年施行本、「律艸書」、第一次草案に存した「廢疾」「篤疾」等の障害の程度を指す文言が存在せず、これらの者の扱いが不明である。これは第二次草案の「例書」6条「老人幼少之者犯事有之節、被仰付様之事」条⁹⁸においても同様である。八重津論文では、「老人幼少之者犯事」条に見える盲人の答徒刑の収贖や、「窃盜」条⁹⁹に見える廢疾・癩疾者の答刑の収贖、徒刑の答の分を最高四年の徒刑に換算する等の規定を挙げて、「明律」のような篤疾と廢疾の概念の明確な区別はないが、普通人とは異なる取扱を受けている点が指摘されている¹⁰⁰。

最後の廢疾者等の答の徒刑への換算とは、天保十三年（一八四二）の判例によるものであり、「廢疾并癩疾等にて答刑難被仰付者、本罪徒二入候得ハ、答数を徒之日数ニ直シ、本罪之徒ニ右日数を加、徒刑被仰付候、……右之通之徒刑日数四ヶ年ニ踰候者、惣徒四年ニ止ル之例を以、四二年ニ可被限段僉議相決候例……」¹⁰¹と、答刑に耐えられない者には徒刑に併科される答は行わず、その答数を徒の日数に換算して、四年を上限とする徒刑としてまとめて執行するように命じているものである。換言すれば廢疾者等に対して答刑を執行することは避けられたが、徒刑は科しても構わなかつたようである¹⁰²。

この答の徒刑への換算方法については、『熊本藩法制史料集』所収「松本本」付札2に「答を徒ニ直スノ目安」という規定が見える。これによれば答六十徒一年の贖十五貫文のうち、六貫文が答六十の分で、九貫文が徒一年の分であるから、答六十の贖六貫文は徒の日数に直すと二四〇日となり、よつて「十答之日数ハ四十日」¹⁰³としている。第一次草案「贖刑之例」では、答十につき十日の「無力之者做工」であつたのと比べるとかなりの長期となる。総じて廢疾者等には答刑は科されないが、答刑より重いはずの徒刑を、通常の刑期よりも延長して科しているのである。

また、犯罪時未老疾条に相当する条文も存在しない（第二次草案も同様）。もつとも、寛政七年（一七九五）の「例」により、徒刑の刑期中に七十歳や廢疾となつた場合に関しては、残りの刑期を収贖することになつた¹⁰⁴。

なお、「痲疾」「篤疾」者のうち精神障害者に関しては、次に述べる「誤殺傷戲殺傷過殺傷」条の但書が関連すると思われる。

③ 「誤殺傷戲殺傷過殺傷」条

人命編「誤殺傷戲殺傷過殺傷」条の規定は以下の通りである。

…：過失によつて人を殺候ハ、鬪毆条ニよつて罪を定、贖を収め、死者之家に給す、(過失トハ耳目之不及、思慮之不到を云、…：初より人を害する意なく、偶に人を殺傷する類、)

但狂疾に因て人を殺傷する類、准之、¹⁰⁵

宝暦五年施行本以来の「明律」と同様の構成であるが、但書に、「狂疾」に関する規定がある点が、宝暦五年施行本、「律艸書」、第一次草案等とは異なっている。これは第二次草案の人命・11条「誤殺傷戲殺傷過失殺傷」条¹⁰⁶より加わったものである。このような精神病者による殺傷を、過失殺傷に準じて処理するという規定は、「明律」の同条には確認することはできない。

ただ清代においては精神病者の犯罪を、「清律」の戲殺傷戲殺傷過失殺傷人条に附された条例で扱っていたようである¹⁰⁷。後年、天保八年(一八三七)に熊本藩で訓訳が行われた『清律例彙纂』の同条には、「瘋病殺人者。依犯人名下。追取埋葬銀十二両四錢二分。給付死者之家。」(訓点略)¹⁰⁸という条例が存在する。「刑法草案」の編纂時に「明律」のほかに「清律」もまた用いられたという指摘が存在するが¹⁰⁹、この規定は「刑法草案」編纂時における「清律」の利用を示すものと言えるであろう。

加害者あるいは被害者が複数の場合は、八重津論文でも指摘があるが¹¹⁰、安政三年の「例」によつて、「二人にて一人を過失殺いたし候節之贖刑、先例区々ニ相見候処、清律層註之説に依り、死者一人前之埋葬料兩人ニ割合、且一人にて数人を過失殺いたし候節ハ、死者之数ニ応、埋葬料御取立ニ相成」¹¹¹ことになった。こうした方法は清代における事例と一致しているようである¹¹²。また支払いが困難な場合は同「例」では、「至貧之者ハ家財限り御取立ニも相成可申哉」¹¹³と、家財限りの取り立てを想定している。

④ 「鬪毆」条

傷害・致傷事件で宥免願が出されると「收贖」とされ、その金銭が医薬料・養生銀として被害者に渡される制度については、山中氏による考察がすでにある。

この宥免願による收贖の制度は、闘毆編「闘毆」条の寛政元年（一七八九）八月「例」により、「闘毆致和睦、内済願出候得ハ、贖刑可被仰付旨、荒仕子次作僉議に相候候事、」¹¹⁴として定められたものである。その後も寛政八年「例」により、吟味中に和睦したとしても、相応の贖を医薬料として給付すべきとされ¹¹⁵、疵が癒えた場合に被害者に給付された贖金を官没することがあったため、文化九年「例」によって、すべて被害者に渡されることとなった¹¹⁶。

山中氏はこれらの規定について、「吟味中に和睦・内済して御吟味御免を願ひ出ることによつて免刑となるのは容易ならざることなのであり、裁判役所が傷害の程度を認定して贖刑を量定するのである。」¹¹⁷と評している。

前述の通り「公事方御定書」には、傷害の場合に銀一枚を被害者へ支払わせる規定はあるものの、それは傷害の程度に応じたものではなく、内済においても、その弁償額は当事者間で任意に決められた¹¹⁸。「明律」・「清律」の闘毆条あるいは、その条例を確認してもこのような規定は存在しない。闘毆の内済の場合に收贖し、治療費として被害者側に給付する制度は「刑法草書」独自の贖刑制度の応用と考えられる。

⑤ 「云懸」条

誣告の收贖は第一次草案には存在したが、宝暦十一年施行「刑法草書」には、雑犯編「云懸」条は存するものの、その收贖規定は削除されている¹¹⁹。しかしながら、安政五年（一八五八）の上欄の判例によるならば、「云懸ニテ情緒軽、贖刑被仰付候もの、其贖金を云懸ニ逢、一旦牢舎いたし候者江為御心付被渡下候例、安政五年三月……」¹²⁰として、情緒の軽い場合には贖刑の適用が認められている。「云懸」条の本条の規定は、「明律」や第一次草案の誣告条のような複雑なものではない。したがって「情緒軽」というのが、「明律」または第一次草案に見られたような場合を指すのかは不明であるが、こうした云懸の收贖の背景には、「明律」や第一次草案の誣告の收贖規定があったと思われる。

⑥ 「往来」条

奔亡編「往来」条の往来免許の期限切れの罪について、贖刑に換えているものが見られる。同条上欄の判例に、「往来日限外無願ニ相滞、三百日余之日切ニ相成候者、拾貫文贖刑被仰付例、寛政六年十二月……」とあり、以降も「三十日余之日切ニ付壹貫文贖刑之例」や、三十日未満で

あったため叱となった例があり、安政七年の僉議で三十日未満の場合は、叱や追込、三十日以上は贖刑と定められた¹²¹。「往来」条の本条には往来免許の期限切れについて、「往来免許之日限外願継無之、無事故致滞留候者、三十日ニ答十、三十日毎ニ一等を加へ、三百日以上ハ……答百、¹²²と定めているため、答十につき一貫文の換算で贖刑に換えたことが見て取れる。

また同編「出奔人を送り境を出す」条の上欄の、文久元年判例に引かれた判例にも、「潜出条遂得候得ハ答五十、不遂得ハ右答数相当、五貫文贖刑被仰付候儀、追々之見合候処、地廻之儀ハ旅出トハ様子違候付、遂得たると不遂得トニ無係、五貫文贖刑被仰付方と先例を照、……」¹²³という未遂の場合や、地廻の場合の減軽に贖刑が用いられた事例が見え、これも答十につき一貫文の換算である。

⑦「御定法ニ背」条

雑犯編「御定法ニ背」条は以下の通り、刑罰として答刑のみを想定している。

一 都て御定法ニ違背致シ候者答五十、臨時御沙汰之旨ニ違背いたし候者答三十、¹²⁴

これが「刑法草書」施行後の「例」や先例により変更され、贖刑による処罰が追加されたのである。同条に記載されている「例」としては、八重津論文でも指摘のある、越訴の処罰に関する寛政七年（一七九五）のものが最も古い¹²⁵。「刑法草書」には、越訴を処罰する規定が存在しないため、こうした場合に「御定法ニ背」条によって答五十を科していたが、重すぎるといふ論が出たのである。その僉議の過程で「……其身之愁訴迄にて誣告之筋無之類ハ、二十答との罪被定置、其情之軽重ニ応、收贖をも可被仰付哉と、……僉議ニおよひ候処、臨時御沙汰背と申刑条之通、三十答と被究置可然、尤造意輕者ハ、様子次第收贖被仰付候儀、存寄無之、勿論告訐讒訴之意味有之類は別段之儀……」という情状の軽い場合は收贖してはどうかという意見が出された¹²⁶。

このほか「御定法ニ背」条の罪で贖刑を科した事例としては、八重津論文で列挙されているものを含め、無札商売（後述）、牛馬売買、他邦との商売における紛争、無願での質取、年貢の受負払などを見出すことができる¹²⁷。

本条における贖刑適用の目的は、史料に見えるように情状の軽い場合における酌量減軽にあったと思われる¹²⁸。このような場合において、減軽の手段として贖刑が選択されたことは注目に値する。

⑧ 「自ら罪状を訴出」条

名例編「自ら罪状を訴出」条の第六項、第七項の但書には、贖刑を適用するものが見られる。

〔第一～五項は略〕

- 一 相牢之者牢を破る巧有之を申出、且既に牢を破り踰候者を押へ、又は牢中拵て脱出候に、重疾病無之に残居候者、俱二皆其罪を免、不加刑、
- 一 徒刑之者同然、
- 但人を殺害し、相手有之双方可処刑罪状之者、本条之仕形有之ハ宥て贖刑ニ入、徒刑之者ハ既に入刑之者なるゆへ、年限長短に不拘贖に不入、直ニ其罪を免す、¹²⁹

第六項は、同じ牢の者による脱獄の計画を密告したり、あるいは脱獄しようとする者を取り押さえたり、また、集団脱獄の場合に、重病ではないにも関わらず残った者の刑を免除する条文である。但書の「人を殺害」の文言は、「京大本」以外の他の宝暦十一年施行本では、「人を殺傷」となっている¹³⁰。但書の意味は分かりづらいが、本人および牢を同じくする者が、共に殺人罪や傷害罪で処刑される場合に、第六項の要件に該当した際は、死刑を贖刑に換えるという意味であると思われる。

これと同じ規定は、第二次草案の「例書」7条「自ら罪状を訴へ出候者、被仰付様之事」条¹³¹にも確認することができるが、他の草案や宝暦五年施行本には見られない。本条の元となった「明律」や「清律」の名例律・犯罪自首条やその条例には、このような規定は見られないから、「刑法草書」独自のものと思われる。

⑨ 「獄囚逃出」条

雜犯編「獄囚逃出」条は、町在牢の囚人を過失により逃した番人を笞二十とするが¹³²、天保十一年の「例」には、これに「二十笞之相当貳貫文贖刑」を科すものが見える¹³³。これもまた軽い笞刑を換えたものであるため、「御定法二背」条の贖刑適用例に類するものと思われる。

(五) 贖刑適用の変則と代替

「刑法草案附例」の附加された「例」や判例等を確認することによって、宝暦十一年施行本の制定後に、贖刑適用に関して変則的な運用が行われたことが確認できる。先に挙げた、④「闘殴」条、⑤「云懸」条、⑥「往来」条、⑦「御定法ニ背」条、⑨「獄囚逃出」条等における贖刑適用の拡張もその一例であるが、本節では、贖刑が規定通りに適用されず、他の処罰が科せられた事例と、「力役」による贖刑の代替について確認しておきたい。

(1) 贖刑適用の変則

「刑法草案」において必ずしも規定通りに贖刑が適用されなかった事例は、「老人幼少之者犯事」条と、「扶持人犯事」条に附された「例」によって確認することができる。

「老人幼少之者犯事」条について、八重津論文では「十五才以下の未成年者は徒刑以下を科す場合は贖刑に換えられるのが原則であったが、贖金を親から出してやつては懲戒にならぬという理由から、天保十三年、例を立てて窃盗に限り「御刑法場擲出見せしめ叱」と定めている。」¹³⁴と、贖刑が「叱」へと変更される場合の存在することが指摘されている。この天保十三年（一八四二）の「例」を掲げる。¹³⁵

一 十五歳以下之者、以前之例ニ笞刑ニ被仰付候儀有之、或ハ贖また叱等区々相見候処、以来ハ都て御刑典ニ依、贖ニ被究、贖錢親共方出シ遣候ては御懲戒ニ不相成と云を以、追々之例ニ拠、御刑法場擲出、見せしめ叱と云ニ可被定置段、此節坂下手永鍋村岩吉僉議ニ相究候事、

但此刑場叱ハ、窃盜之類ニ限り候方と相見候事、¹³⁵

この「例」の趣旨は、これまでは十五歳以下の者であっても、「刑法草案」の規定とは異なり、笞刑に処せられることがあり、あるいは贖、また叱等と実際の処分がまちまちであったので、以降はすべて「刑法草案」の規定通りに贖刑に統一し、例外的に窃盗の場合に限り叱に換えるという意味であると思われる。この「例」のもとになった事例は、「松本本」の同条、付札7に見え、

天保十三年十月、坂下手永鍋村岩吉、盜之狀二罪十五歳七十笞之詮議ニ究ル、

十五歳以下之者、是迄笞刑ニ為被処も有之、又ハ贖或ハ叱等例区ニ有之候付、已来ハ十五歳以下七十歳以上ハ、徒刑以下を犯候ハ、贖刑を以宥之、死刑を犯候ハ、当罪を以論すと云ふ御刑条ニ拠、贖ニ被究、其贖錢親共方出し遣し候ては御懲戒ニ不相成と云を以、刑場擲出し叱と云ニ被定置候てハ如何程ニ可有由候哉、¹³⁶

として、より明確に「老人幼少之者犯事」条を引用して、以降はこれに従うべき旨を述べている¹³⁷。

幼年の盗犯に「叱」を科すことは、「追々之例」とあるように、この天保十三年の事例以前にも見られ、「松本本」付札6には、十四歳の者が窃盗を行ったが、十五歳未満であったため、「御刑法場へ擲出し、始末見せしめ之上叱」となった天保七年の事例を載せている¹³⁸。あるいは叱以外にも、「老人幼少之者犯事」条の上欄には、明和七年（一七七〇）の「十五歳以下にて致盗候者、親方願之趣を以贓數之笞刑被仰付候例」¹³⁹という、親の要望により笞刑に処せられた事例が引用されている。

このほか「刑法草書」の注釈書である『熊本藩刑律和解及御裁例』¹⁴⁰においても、幼年者の窃盗に笞刑や叱、また徒刑を科した事例（天明七年（文政四年）が引かれている¹⁴¹。あるいは高齢者についても、七十八歳の船頭が破損した船に多人数を乗せ、数人を溺死させた事件について、極老のため「御刑法場にて呵」（天保三年）となった事例が載せられている¹⁴²。また、盗犯の判例で笞十、二十の軽い事例を収録した「小盗笞刑」¹⁴³においても、十五歳以下で十笞が執行されたもの（安永八年）が見受けられる¹⁴⁴。この天保十三年の「例」は、こうした「刑法草書」の運用上の変則を是正するものであったと考えられる。

本来は贖刑の適用対象である者に贖を適用しなかったところ、「刑法草書」の条文通りに贖を科すようになった事例は「扶持人犯事」条においても指摘できる。「扶持人犯事」条の文化三年（一八〇六）の「例」には以下のようにある。

- 一 無官之僧侶・社人・倍（陪）臣・步若党等、奕犯之者被仰付様、以前より区に有之、笞刑或ハ贖刑、其節々僉議之様子も委敷相分不申、然処御刑書之趣ニは致相違候ニ付、以来は無官僧侶・社人・山伏・步若党等、其外都て有苗字者ハ、姦犯・盜賊・出奔・死罪を犯候外
- ハ、刑条ニ依取贖可被仰付旨、文化三年十二月西園寺桂助僉議之節相究候事、¹⁴⁵

この「例」によるならば、本来は贖刑により刑罰が執行されるべき無官之僧侶等に、笞刑が科される場合が存在していたようである。こうした運用は「刑法草書」の趣旨に反するので以降は、これらの者は条文に従い収贖すべきであるとしている。先にみたように「扶持人犯事」条は、これらの者を贖刑の対象としているのであるが、文化三年までの間に必ずしも贖刑を適用しない期間が存在したようである。もともと、この文化三年の「例」も、雜犯編「博奕」条の文化十年の「例」により、贖刑は博奕の罰としては軽すぎるとして、博奕に関しては適用されなくなつた¹⁴⁶。

ところで、「扶持人犯事」条には「有由緒浪人」についての規定はあるが、その他の浪人についての規定は存在しない。同条上欄の文化十三年（一八一六）の「以前ハ輕浪人等鬪殴よつて笞刑被仰付候例も有之候得共、文化三年相究候趣ニ因、収贖之僉議被仰付候例、文化十三年七月…」¹⁴⁷という判例によれば、先の文化三年の「例」に従い、軽い浪人等も収贖されるようになったようである。もともと天保六年（一八三五）には、こうした者の鬪殴を収贖したのでは、「無頼之者畏るゝ処少、在中杯所柄之害を成候体増長可致候…」という犯罪予防効果の不足という理由から、鬪殴への贖刑適用は制限された¹⁴⁸。

(2) 「力役」による代替

「扶持人犯事」条において、贖銭を出せない者については「役」に換えることは先に確認した。八重津論文では、盜賊編「窃盜」条の「例」に、廢疾者が盜賊の罪を犯した場合に、贖刑に代わつて「力役」を命じるものがあることを指摘している¹⁴⁹。「力役」の性質を明らかにするうえで意味のある「例」だと思われるので、当該史料を引用して解説を加えたい。以下は天保十一年（一八四〇）の「例」である。

一 犯事有之、笞刑相当之者、廢疾等ニて笞刑難被仰付者ハ、笞数相当之贖刑被仰付候儀、是迄之御見合候処、盜賊之儀ハ逆も其身方出錢ハ相整申問敷、親類等方出シ遣候ては御懲戒之詮無之、因て新規之儀ニは候得共、贖を徒刑ニ被代、相当之日数眉無之刑可被仰付哉之処、自然徒刑小屋を脱出候敷、其外不埒之儀も致出来候節ハ、徒刑之者同様、重科ニ不被処候てハ難成、左候てハ廢疾を被恕、却て重科之経路を被開候筋ニ成行候付、右体盜賊ニ限り、笞数相当之日数力役可被仰付段、此節種山手永吉本村勇助僉議之節、相究候事、但本行之通候処、勇助儀、力役之申渡不相濟内、致欠落候段、御郡代方達有之候事、¹⁵⁰

廢疾者の笞刑は贖刑に換えるのが原則である。しかしながら盜賊の場合、本人から贖金を徴収することは困難であり、親類等から支払わせることになるが、これでは懲戒の効果がない。そこで贖刑相当の日数の徒刑（眉無）を命じる案が出た。しかし、廢疾の受刑者が徒刑小屋を脱走するような事態となったならば、重罪¹⁵¹に問われることになる。これでは廢疾による減輕措置によって、かえって重刑を科すことになってしまふ。そこで盜賊に限り、笞数相当の日数の「力役」を命じることになった。

これによるならば「力役」は徒刑とは異なる刑罰のようである。また笞数と対応した「力役」の日数が存在することがうかがえる。この「力役」については、鎌田浩氏の研究を参照したい。鎌田氏は「刑法草書」に基づく刑法方の処罰に対して、郡方の処罰について記録した「罰例」という史料を示されている。これによれば郡代の科す刑罰には、勞役刑として「摺繩綯方」「力役・過役」「植松杉」が存在する¹⁵²。

このうち「力役」については、「普請などに使役するのであるが、……言い渡し直後に常に使役するとは限らず、後日御用が生じたときに使役される場合も多かったと思われる。通常は数日ないし一〇日位が多い。しかしまれには、摺繩綯方や多額の過料の代替刑として三〇日以上に及ぶ例もある。」と述べられており、「笞一〇〥過料一貫文〥繩綯一日〥力役一〇日〥質屋締五日」という代替換算率が示されている¹⁵³。

ここで思い出されるのが、先に挙げた第一次草案の「贖刑之例」である。これには「無力者做工」として笞一十の十日から、笞一百の一百日まで、笞数と対応した日数が定められている。この笞一〇が力役一〇日となるのは、「無力者做工」の換算と一致しているため、第一次草案からの影響を想定することができる。

「力役」も科すことが困難な場合は「叱」によって換えたようである。同じく「窃盜」条の上欄の天保十四年（一八四三）の判例に以下のように見える。

一 癩疾之者、下地至て之虚弱ニて力役難被仰付者、盜再犯之節、首枷等之刑、或ハ刺墨を可被加哉と評議ニ相成候へ共、首枷之儀ハ壯健不敵之者も堪兼候程之刑ニ有之、且本罪刺墨ニ不至もの、他国者之外、是迄見合無之を以、右等之御取扱ニ不及、御刑法場ニおいて、以後心得方之儀申渡被指免候例、天保十四年五月正法院支配栄次、¹⁵⁴

疾病により極度に虚弱であり、「力役」を科しがたい者の再犯の場合の処罰について、首枷や刺墨が検討されたが、首枷は壯健な者にとつても

過酷であり、また刺墨も前例が無く不適當であるとされ、「御刑法場ニおいて、以後心得方之儀申渡」という叱に相当すると思われる刑罰が科されることになった。

こうした熊本藩における「力役」制度の淵源について考察してみたい。贖刑を労役で代替する制度は、唐代においても¹⁵⁵、古代日本においても存在した¹⁵⁶。古代日本の制度については「獄令」にその規定が見えるのであり¹⁵⁷、『令義解』は同時代にも刊行されていたから¹⁵⁸、熊本藩は古代日本の制度を参考にしたとも考えることができる¹⁵⁹。幕府において過料の納入が困難な者に手鎖を科す制度¹⁶⁰が存したことの影響も、財産刑の代わりの実刑という点で指摘できよう。

さらには、熊本藩においては「刑法草書」の制定以前にも、開墾のための人夫として使役する「開所遣」や、女子を役宅などにおいて使役した「上り者」といった労役刑が存在したとされる¹⁶¹。このように熊本藩においては以前より、犯罪者の労働力を目的とした刑罰が存在したことも忘れてはならない。

しかしながら、先に述べたように「刑法草書」の第一次草案にはすでに、「無力の者、工役を做す事」条や、「贖刑之例」の「無力者做工」「無力之者做役」があるなど、明代の「例贖」の明確な参照が見受けられた。また、天保九〜十年頃の成立とされている「刑法草書」の注釈書である『熊本藩刑律和解及御裁例』には、「刑法草書」の条文ごとに『大明律例訳義』の訳文が引用されているのであるが¹⁶²、「名例〈五刑〉」条の箇所においても、軍民人等が「運炭」や「做工」等により贖罪するという、五刑条例の第一条の訳文がまるごと引用されている¹⁶³。こうした点より、天保十一年「例」に現れる「力役」の制度もまた、直接的には明代の例贖の影響を受けた制度であると考えるのが妥当であると思われる。

続いて、贖刑が適用されずに力役や叱などの実刑が科される理由についてであるが、これまでに掲げた史料では幼少や廃疾、盗犯である等の理由により資力が無く、贖金を納入できないためという理由が掲げられている。注目すべきは、前項の天保十三年「例」や、前掲の天保十一年「例」において、贖金を親や親族が代納したのでは、懲戒の効果が無いと述べられていることである。贖刑は減軽の措置ではあるが、あくまで本人に出させるべきであるとされており、贖刑においてもなお特別予防効果を重視する方針をうかがうことができる。

この老幼廃疾の場合に、犯罪者本人が贖金を負担できないという点について、贖金の金額・面から指摘しておきたい。前述のように「御刑法草書附例」は、答刑を贖刑に換えるにあたっては、答十につき一貫文という換算を用いたと考えられる。転じて「明律」名例律・五刑条の「贖銅錢」の額を確認すると、答十につき六百文である¹⁶⁴。熊本藩領内の経済状態を考慮したのであろうから、一概には言えないが「御刑法草書附

例」の贖金の額は「明律」のそれよりも高額である。

さらに言うとも明代では、老幼廢疾の場合は、律の贖銅錢額よりも極めて低い額で徴収していた¹⁶⁵。この「老疾折錢」の額は『官准刊行明律』所収の「在京納贖諸例図」¹⁶⁶では、笞三十まで俱一文、杖六十まで俱三文、杖一百まで俱三文、徒一年は六文、徒二年は九文、徒三年は十二文となっている。この「老疾折錢」は『大明律例訳義』末巻「贖法」¹⁶⁷にも見える。加えて清代においても、老幼廢疾者の「收贖」は、「納贖」や「贖罪」よりも低額であり¹⁶⁸、これもまた熊本藩訓詁の『清律例彙纂』第一冊の「納贖諸例図」に老幼廢疾の「收贖」が見える¹⁶⁹。

こうした老幼廢疾の場合に低額での贖罪を許す制度は、会津藩「刑則」には存在し、老幼廢疾者の贖額を減額している（本編第三章）。「御刑法草書附例」においては老幼廢疾者の收贖について、このような減額措置はとられていない。したがって、刑の減輕としては過度に高額であり、減輕措置として働かなかったおそれがあるのである。

(六) 過料刑の不採用

「御刑法草書附例」の財産刑全体を確認すると、そこに日本固有の財産刑である過料刑が存在しないことに気づかされる。「御刑法草書附例」には財産刑として、贖金のほかに付加刑として、盜品等の没収や、親殺しの場合における家宅焼却を規定するが¹⁷⁰、例えば「公事方御定書」に見られるような「過料」を科すという規定は、本条や「例」には確認できないのである。

もともと熊本藩において過料刑が一切存在しなかったわけではない。「刑法草書」以前の熊本藩においては、「過怠」として金銭を徴収したり、植林を命じたりしていたとされる¹⁷¹。また、鎌田氏は「刑法草書」の制定以降も、熊本藩においては中央の刑法方が科す「刑法草書」に規定された刑種のほかに、町方や郡方においては、いわば行政罰として、別種の刑罰体系に基づいて処罰が下されていたことを指摘された¹⁷²。この町方・郡方の処罰を確認すると、「過料」という刑罰を確認することができる¹⁷³。転じて「御刑法草書附例」の本条や「例」においては、財産を徴収する刑罰を一貫して「贖」と称しており、あくまで正条に規定された正刑と対応する贖刑を科している。

贖刑と過料刑が区別されていた点については、先にも触れた「御定法二背」条の文政十年（一八二七）の「例」において、以下のように述べられている点から明らかであると考えられる。

一 無札商売之御咎筋、宝曆以来之例区ニ相見、近例ハ大概叱ニて被差免候、然処御郡代ニハ却て過料・叱と、輕重ニ随ひ咎筋相替、御刑

法方にては軽重之論判無之、叱之一等迄にてハ不对ニ付、以来ハ事柄且情緒之輕重ニ随イ、臨時御沙汰之旨背条ニ就、三貫文之贖と叱との二等ニ被究置度段、相窺候処、犯事之輕重、造意ニ応、強て二等ニも限不申、御定法ニ背条、臨時御沙汰之旨違反と申ニ就候も可有之、兎角情緒ニ応、時勢をも考、法方苛過不申、又不弛様、御刑書を本とし、法死物ニ不相成様有之度事ニ付、先予贖刑・叱之二等ニ被究置可然段、……相決候趣、委參談帳ニ記録有之候事、¹⁷⁴

無札商売の処罰について、従来、刑法方では「叱」の一等であったが、郡代では罪の輕重に依じて「過料」と「叱」の二等であるから、刑法方においても「贖刑」と「叱」の二等とすべき旨を定めた「例」である。郡代の「過料」に対して、刑法方は「贖刑」と両者が区別されていることが見て取れよう。この議論では、過料に相当する刑罰を刑法方で行う場合においては、「御定法ニ背」条（前掲）の「臨時御沙汰之旨ニ違背いたし候者笞三十」を適用し、これを贖刑に換え「三貫文之贖」とすることを提案しているのである¹⁷⁵。新たに財産を徴収する処罰を加えるにあたっては、「御刑書を本」として、正刑と対応した贖刑制度を維持しようとする傾向を読み取ることができる。これは「御定法ニ背」条の他の事例や、「往来」条の事例等もそうである。

小林氏によれば、「刑法草書」の編纂に当たっては、儒教經典に由来する五刑制が重んじられていたとされる。氏の見解では、「刑法草書」の92刑罰は經書の五刑に基づくものであるとされ¹⁷⁶、贖刑に關しても經書からの影響を指摘される¹⁷⁷。こうした点から考えるならば、「刑法草書」が五刑の換刑である贖刑を採用したことは、極めて当然のことであったと思われるのである。

荻生徂徠は『政談』において、野放図に科される過料刑を批判して、五刑と対応した贖刑を肯定していた¹⁷⁸。熊本藩において『政談』が参照されていたかは不明であるが、過料刑の廃止と贖刑の導入を「刑法草書」は達成しているのである。

(七) 小括

本章では「刑法草書」とその諸草案における贖刑制度について検討を行ったが、いずれの「刑法草書」においても、贖刑は法典の上で重要な位置を占めていた。

すなわち宝暦五年施行「刑法草書」においてすでに「明律」の贖刑に倣った「過怠錢」の制度があり、「律艸書」ではこれを「贖刑」として継承し、そして第一次草案では大幅に拡張した形で贖刑を採用していた。第二次草案においては、贖刑は縮小され、宝暦十一年「刑法草書」もこ

れを継承したのであったが、幼年者・高齢者の犯罪、過失殺傷の場合の收贖規定については、宝暦十一年施行本に至るまで一貫してこれを有していた。もっとも、贖刑適用が制限される時期も見られたのであるが、最終的に条文通りに贖刑を適用する方向に復した。

また、「刑法草書」の贖刑制度は、宝暦十一年施行本の制定後も「例」により改変がなされていた。「鬪毆」条、「云懸」条、「往来」条、「御定法二背」条、「獄囚逃出」条等は新たに適用対象を増やしたものであるが、制定当初から贖刑を規定する条文においても「例」によって修正を施した事例は少なくない。このように贖刑制度を時代に応じて改善しようとする傾向が見出せる。

「刑法草書」の贖刑制度において注目すべきは、贖を納入できない場合に労役で代替するという、明代の「例贖」を参照したと思われる制度を取り入れている点である。それは、最初は第一次草案に「做工」や「做役」等として採用されたのであり、第二次草案以降も武士に「役」を科す規定が見え、「御刑法草書附例」においては「例」によって贖刑を「力役」に換える場合が見られた。

このように「刑法草書」の贖刑制度は、明代の贖刑制度を参酌するところが大きかったのであるが、必ずしもすべてを模倣したわけではない。『大明律例訳義』の首巻には「律大意」という、学山が、王樵、王肯堂『大明律附例』（『律例箋积』）等の中国の明律注釈書や古典等から刑政上の要点を抜粋し、三九箇条にまとめた項目が存在する¹⁷⁹。小林宏氏によれば、熊本藩の刑政においては、徒刑制度、死刑日慎の制度、藩札偽造をめぐる死刑宥免論等に、この「律大意」からの思想的影響が見られるという¹⁸⁰。この「律大意」には、以下のように贖刑の広範な適用を奨励した一箇条が存在するのである。

……国々処々の役人の手前にて、死罪に行ふべきと、軍に充つると、擺站する者と、官へ入れ、官へ還す贓物ある者の、牢へ入ねばならぬ者ハ各別、其外は徒罪といへども、有^{アツテ}力罪を贖ふべき者と、及び杖一百より以下、贖を^{アガナヒ}いるべき囚犯人ハ、請合を立て、其処に預け置て、其身家に居りて、贖料を才覚し、日限の通りに出して、すますやうにすべし。 律例箋积 181

これによれば、死罪や充軍、擺站、また贓物のある場合を除いて、徒罪以下は贖を取って済ませべきであると述べられている。「真犯死罪」以外を贖罪（納贖）の対象としていた明代の「例贖」の制度に関しての記述である。ところが熊本藩においては、このような贖刑制度は取られていないのであり、徒刑以下の刑罰を一律に贖罪することはない。贖刑制度の採用という点では、「律大意」が何らかの影響を与えたであろうことが想像できるのではあるが、「刑法草書」は「律大意」の意見を全面的に採用したわけではないのである。「刑法草書」は明代の贖刑制度を参照

したとはいえ、取捨選択して導入しているのである。

- 1 「刑法草書」の研究史については、小林宏・高塩博編『熊本藩法制史料集』（創文社、一九九六年）所収の、高塩博「熊本藩「刑法草書」の成立過程」三〇頁を参照。
- 2 金田平一郎「熊本藩「刑法草書」考」（『法政研究』第一二巻第二号、一九四二年）。牧健二「肥後藩刑法草書の成立——殊に其の明律参酌に就て——」（『法学論叢』第四八巻第五号、一九四三年、以下、牧論文）。
- 3 鎌田浩『熊本藩の法と政治——近代的統治への胎動——』（創文社、一九九八年）、同『肥後藩の庶民事件録 日本近代自由刑の誕生』（熊本日新聞社、二〇〇〇年）。
- 4 高塩博「熊本藩刑法の一斑——笞刑について——」（『國學院大學日本文化研究所紀要』第七二輯、一九九三年、後に高塩博『近世諸藩の法と刑罰』成文堂、二〇二一年に再録）、同「熊本藩徒刑と幕府人足寄場の創始」（『熊本藩法制史料集』所収）、同「熊本藩刑法の一斑——徒刑制度の中断と再開——」（梧陰文庫研究会編『井上毅とその周辺』木鐸社、二〇〇〇年、高塩『近世諸藩の法と刑罰』再録）、同『江戸時代の法とその周縁——吉宗と重賢と定信と——』（汲古書院、二〇〇四年）。
- 5 小林宏「熊本藩と『清律例彙纂』」（島田正一郎博士頌寿記念論集刊行委員会編『東洋法史の探究 島田正一郎博士頌寿記念論集』汲古書院、一九八七年）、同「熊本藩における中国法の機能——法的決定の「理由づけ」に寄せて——」（『國學院法學』第二六巻第一号、一九八八年）、同「熊本藩と『大明律例訳義』」（小林宏・高塩博編『高瀬喜朴著 大明律例訳義』創文社、一九八九年）、同「熊本藩「刑法草書」私考」（『國學院大學日本文化研究所紀要』第七三輯、一九九四年、『熊本藩法制史料集』所収）、同「古典ヲ斟酌シテ時勢ノ宜シキニカナフ——熊本藩と法的思考——」（京都大学日本法史研究会編『法と国制の史的考察』信山社、一九九五年）。以上の論考は、小林宏『日本における立法と法解釈の史的研究』第二巻 近世（汲古書院、二〇〇九年）に再録されている。以下、これらの論考を参照する際の頁番号は同書再録のものを示す。
- 6 高塩博「熊本藩「刑法草書」の成立過程」（『熊本藩法制史料集』三〇九三頁）、同「史料解題」（同・九五〇—二六頁）。以下併せて、高塩解題。
- 7 以上、高塩解題・一〇〇—三〇、八五・八六、九五・九六頁参照。
- 8 高塩解題・二四頁参照。

9 高塩解題・八六頁参照。

10 以上、高塩解題・三三〇六八、八六・八七、九六〇一〇〇頁参照。

11 高塩解題・六九〇七六、八七、一〇〇・一〇二頁参照。

12 京都帝国大学法学部日本法制史研究室編『近世藩法資料集成』第二卷（京都帝国大学法学部、一九四三年）、牧健二氏解題。

13 中澤巷一監修、京都大学日本法制史研究会編『藩法史料集成』（創文社、一九八〇年）、谷口昭氏解題。

14 高塩解題・七七〇八二頁、高塩博「熊本藩「御刑法草書附例」の伝本について——最高裁判所図書館所蔵本の紹介——」（『熊本史学』一〇〇号、二〇一九年、高塩前掲『近世諸藩の法と刑罰』再録）五九〇六三頁参照。

15 小林「熊本藩「刑法草書」私考」二五三頁以下参照。

16 「御刑法草書附例」に関しては『藩法史料集成』所収の「京大本」を参照した。ただし内容に相違がある箇所については、施行時の「刑法草書」である『熊本藩法制史料集』所収の「宝暦十一年施行の刑法草書」や、「京大本」には存在しない付札等を有する同所収の「松本本」「東大本」もまた参照している。

17 熊本藩の刑事史料としては、「刑法草書」そのもの以外にも多くの史料が残存している（安高啓明「熊本藩法制史料の基礎構造——「刑法草書」との相関性の分析を通じて——」藩法研究会編『幕藩法の諸相——規範・訴訟・家族——』汲古書院、二〇一九年参照）。贖刑制度の実態について説明するためには、こうした史料もまた用いるべきであるが今後の課題としたい。同書所収、山中至「熊本藩「結果責任主義」克服の歩み」、安高啓明「刑法草書の運用と罪状認定過程——盗賊・倉庫堅完を事例に」（『熊本史学』一〇〇号、二〇一九年）は、こうした史料を用いた研究である。

18 小林「熊本藩と『大明律例訳義』」、同「熊本藩における中国法の機能」一七四頁、同「熊本藩「刑法草書」私考」二六六・二六七頁、同「熊本藩と『清律例彙纂』」三三九頁、高塩博「江戸時代享保期の明律研究とその影響」第一章注（4）七五〇七九頁、高塩解題・八〇頁参照。

19 八重津洋平「「刑法草書」を中心とした熊本藩の刑罰体系について」（『法と政治』第八卷第三・四号、一九五七年）。

20 山中至「熊本藩『刑法草書』における殺人罪・傷害罪の法的構成について」（山崎広道編著、熊本大学法学会編『法と政策をめぐる現代的変容——熊本大学法学部創立三〇周年記念——』成文堂、二〇一〇年）。

- 2 1 高塩解題・二五〇二七頁参照。
- 2 2 小林「熊本藩と法的思考」二八八頁。
- 2 3 『熊本藩法制史料集』一四二・一四三、一五八・一五九頁参照。各「刑法草書」の条文番号は、『熊本藩法制史料集』に従う。
- 2 4 高塩解題・二九頁参照。
- 2 5 『熊本藩法制史料集』一五三頁。宝暦五年施行「刑法草書」では戲殺・誤殺・過失殺傷人条の規定を分割しており、戲殺・誤殺については前条にその規定が存在する。
- 2 6 中国律における「過失」の収贖に関しては、中村茂夫『清代刑法研究』（東京大学出版会、一九七三年）第一章「過失の構造」、西田太一郎『中国刑法史研究』（岩波書店、一九七四年）第六章「過失・錯誤について」、中村正人「清代初期における過失殺事例の紹介と若干の検討」（『金沢法学』第五五卷第二号、二〇一三年）、谷井『大清律』第一章注（7）二四五・二四六頁参照。
- 2 7 『明律国字解』四〇〇・四〇一頁。
- 2 8 山中論文・二六七頁参照。また、鎌田前掲『肥後藩の庶民事件録』一七三頁参照。
- 2 9 石井良助校訂『徳川禁令考 別巻』（創文社、一九六一年）一一二頁。
- 3 0 金田平一郎「公事方御定書の損害賠償法規に就いて」（『法政研究』第五卷第一号、一九三四年）三〇一八、三九頁参照。
- 3 1 高塩氏は宝暦五年三月の堀第二草書の施行を示す史料として、「口書」より本条の適用例を挙げている（高塩解題・三二二頁（22）参照）。
- 3 2 『熊本藩法制史料集』一五六頁。
- 3 3 『明律国字解』七四頁。
- 3 4 中村茂夫「清代に於ける婦人の刑事責任——贖刑を主として——」（『愛大史学』第四号、一九九五年）二〇五、二一・二二頁参照。
- 3 5 同条が「明律」の工楽戸及婦人犯罪条と同様であることについて、高塩前掲「熊本藩刑法の一斑——答刑について——」八七頁参照。
- 3 6 以下、高塩「答刑について」八四〇八八頁参照。
- 3 7 『藩法史料集成』三六九頁。また八重津論文・九六・九七頁参照。
- 3 8 高塩「答刑について」八六頁参照。
- 3 9 八重津論文・九七頁参照。

- 4 0 平松義郎『近世刑事訴訟法の研究』（創文社、一九六〇年）九七三〜九七五頁参照。
- 4 1 八重津論文・九七頁、高塩「笞刑について」八八頁参照。
- 4 2 『熊本藩法制史料集』一五六頁。
- 4 3 『明律国字解』七七・七八頁。
- 4 4 滋賀『唐律疏議訳註篇一』第一章注（1）一八〇・一八一頁、中村茂夫「清代における老幼年者並びに身体障害者の刑事責任」（『法政理論』第一三卷第三号、一九八一年）一五、一七〜一九頁参照。
- 4 5 平松『近世刑事訴訟法の研究』九七六〜九七八頁参照。
- 4 6 第一章注（3）（6）参照。また、八重津論文・九四・九五頁参照。
- 4 7 滋賀『唐律疏議訳註篇一』一八三頁、中村前掲注（44）一五、一九・二〇頁参照。
- 4 8 『明律国字解』八〇・八一頁。
- 4 9 『熊本藩法制史料集』一五六頁。
- 5 0 牧論文・二七、三五頁、八重津論文・七五頁では、「例律」に「贖刑表」のある旨が述べられている。
- 5 1 『熊本藩法制史料集』一六八・一六九頁。
- 5 2 『熊本藩法制史料集』一六七頁。
- 5 3 『熊本藩法制史料集』一六七・一六八頁。なお、14条・16条には『大明律例訳義』からの引用を含む付箋が見られる（小林「熊本藩と『大明律例訳義』」二一〇〜二二二頁参照）。
- 5 4 『熊本藩法制史料集』一七二頁。
- 5 5 高塩解題・四一頁参照。
- 5 6 『熊本藩法制史料集』一八三頁。
- 5 7 「刑法草書」制定と同時期の宝暦期に設立された藩校・時習館の規則である「時習館学規」の諸規則が、『大明会典』の条文を参考に作られたことが指摘されている（田海秀穂「熊本藩校「時習館学規」に関する一考察」北海道大学文学研究科『研究論集』第一六号、二〇一六年）。また「参談書抜」に記された文政十一年（一八二八）の事件においては、参照すべき法源として『大明会典』が掲げられており、その原

文が引用されている(『熊本藩法制史料集』八八九頁、小林「熊本藩における中国法の機能」一七四頁参照)。このように熊本藩では宝暦期以来、『会典』が参照されていたと思われるのである。

⁵⁸ 以下、『熊本藩法制史料集』一八四・一八五頁参照。

⁵⁹ 『熊本藩法制史料集』一八一・一八二頁。

⁶⁰ 『熊本藩法制史料集』一八二頁。

⁶¹ 『明律国字解』四一〜四五頁。

⁶² 『熊本藩法制史料集』一八二頁。

⁶³ 『熊本藩法制史料集』一八二頁。

⁶⁴ 『熊本藩法制史料集』一八四・一八五頁。

⁶⁵ 『熊本藩法制史料集』一八六頁。

⁶⁶ 『熊本藩法制史料集』一八二頁。

⁶⁷ 『明律国字解』六一九頁。また、中村前掲「清代に於ける婦人の刑事責任」四〜六頁参照。

⁶⁸ 『熊本藩法制史料集』一八四・一八五頁参照。

⁶⁹ 『熊本藩法制史料集』一八三、一八六頁。

⁷⁰ 滋賀『中国法制史論集』第一章注(7)二三二頁、中村正人「清律『犯罪存留養親』条考(一)」(『金沢法学』第四二卷第二号、二〇〇〇年)一九二頁参照。

⁷¹ 『明律国字解』七二頁。

⁷² 「明律」のものと同様同じ構成である「清律」の同条について、中村「清律『犯罪存留養親』条考(一)」一八八頁参照。

⁷³ 『熊本藩法制史料集』一八六頁。

⁷⁴ 『熊本藩法制史料集』二〇三頁。

⁷⁵ 第一章注(7)、滋賀『論集』二三二頁、谷井『大清律』四〇六〜四一二頁参照。

⁷⁶ 『熊本藩法制史料集』二〇八・二〇九頁。

- 77 『明律国字解』四三九頁。
- 78 『熊本藩法制史料集』一八三頁。
- 79 『明律国字解』五五五・五五六頁。
- 80 第一章注(7)、滋賀『論集』二三四・二三五頁、宮澤「明代贖法の変遷」三八五・三八六頁、佐立「明朝の立法・刑罰・裁判」二八七～二九三頁参照。
- 81 『明律国字解』算用数字8、13頁、『荻生北溪集』一八九～一九二頁、六～九丁。
- 82 『熊本藩法制史料集』一八四・一八五頁。
- 83 同右。
- 84 牧論文もこの贖刑表の削除について触れる(三五頁)。
- 85 『藩法史料集成』三六〇頁。「死刑」以下には、刎首・斬罪・斬梟・磔・焚と続く。
- 86 小林「熊本藩「刑法草書」私考」二五八・二五九頁参照。
- 87 以上、八重津論文・九三頁。
- 88 八重津論文・八五頁参照。
- 89 『藩法史料集成』三六四・三六五頁。
- 90 『熊本藩法制史料集』二四一・二四二頁。
- 91 『熊本藩法制史料集』三五八・三五九頁。
- 92 『熊本藩法制史料集』三五九頁参照。
- 93 高塩解題・六三頁参照。
- 94 高塩解題・六五頁参照。この修正の時期は寛政二年(二七九〇)六月以前とされる(同・六八頁註(4)参照)。
- 95 第一章注(6)参照。井上和夫『諸藩の刑罰』(人物往来社、一九六五年)二八四・二八五頁にも指摘が見られる。また同書は、後述の過失殺傷や闘毆の内済の場合の贖刑についても言及する(九八～一〇二頁)。
- 96 『藩法史料集成』三七〇頁。

- 97 『藩法史料集成』三七一・三七二頁。また、八重津論文・九五頁、大竹「江戸時代の老人観と老後問題」第一章注(6)一八六頁参照。
- 98 『熊本藩法制史料集』二四二頁。
- 99 『藩法史料集成』四二九頁。
- 100 八重津論文・九四頁。
- 101 『藩法史料集成』三七〇頁。
- 102 もつとも、「死刑」条の慶応三年(一八六七)の「例」には、「……老幼且残疾廢疾又は過誤殺傷等、於情法矜恤を被加、難的決者ハ笞徒相当之贖刑被仰付儀にて……」(『藩法史料集成』三六四頁)という、幕末期には廢疾者の「徒」もまた収贖されていたであろうことをうかがわせる記述が見える。また、井上前掲『諸藩の刑罰』二九〇頁参照。
- 103 『熊本藩法制史料集』四一五頁。
- 104 『藩法史料集成』三七一頁。八重津論文・九四・九五頁参照。
- 105 『藩法史料集成』四九〇頁。
- 106 『熊本藩法制史料集』三三〇頁。
- 107 中村『清代刑法研究』第三章「精神病者の刑事責任」一八九〜一九一頁参照。
- 108 島田正郎編『熊本藩訓訳本 清律例彙纂』第四卷(律令研究会、汲古書院、一九八二年)七四頁。
- 109 金田「熊本藩「刑法草書」考」一五七・一五八頁参照。
- 110 八重津論文・九三頁参照。
- 111 『藩法史料集成』四九〇頁。
- 112 中村『清代刑法研究』一一二・一一三頁参照。
- 113 『藩法史料集成』四九〇頁。
- 114 『藩法史料集成』四七七頁。
- 115 同右。
- 116 『藩法史料集成』四七七・四七八頁。

- 117 山中論文・二六五頁。
- 118 陶山宗幸「江戸幕府の刑事内濟——傷害罪の検討を中心として——」（『法制史研究』第四一號、一九九一年）一二四頁参照。
- 119 「刑法草書」における誣告の規定については、牧論文・七四三頁参照。
- 120 『藩法史料集成』五〇三頁。また、八重津論文・九三頁参照。
- 121 以上、『藩法史料集成』四六〇頁。
- 122 同右。
- 123 『藩法史料集成』四六一頁。
- 124 『藩法史料集成』五〇七頁。
- 125 『参談書抜』十四には寛政三年付で「御法之通、證文不取替、馬を買取候者は、贖刑被仰付候近例も有之候……」（『熊本藩法制史料集』八三七頁）と記されており、「御定法二背」条に依るものかは不明だが、不正売買についてはより古い時代から贖刑としていたようである。
- 126 『藩法史料集成』五〇八頁。また、一九八七年度熊本大学・九州大学合同ゼミナル報告「熊本藩刑政の史的考察——刑法草書を中心に——」（熊本大学文学部国史研究室『史燈』第七号、一九八八年）七三・七四頁参照。
- 127 『藩法史料集成』五〇八〜五一頁参照。
- 128 「御刑法草書附例」には多くの寛刑化を示す判例が見られるが、この寛刑化の要因としては、犯罪時の背景や、犯罪者の事情を考慮するようになったからとする見解が存在する（前掲、ゼミナル報告「熊本藩刑政の史的考察」八三頁参照）。
- 129 『藩法史料集成』三七三頁。
- 130 『熊本藩法制史料集』三六二、四二七頁。
- 131 『熊本藩法制史料集』二四三頁。
- 132 『藩法史料集成』四九四頁。
- 133 『藩法史料集成』四九五・四九六頁。
- 134 八重津論文・九〇頁。
- 135 『藩法史料集成』三七二頁。

136 『熊本藩法制史料集』四二四頁。

137 安高前掲「熊本藩法制史料の基礎構造」によれば、「刑法草書」の判例集である「例」にも、この天保十三年の事例は引用されており、幼年者に笞刑を科した判例を用いないように付記されているという（一六八頁）。なお同論文では、「小盜笞刑」の見える安永八年の「ちよ」（十五歳）の事例が、「小盜笞刑」のほかに「口書」「例」「盜賊」等の史料に基づいて紹介されている。それによると「ちよ」に十笞の判決が下された理由については、無宿の女であり贖刑や力役を下すことが難しいためとされている（一六九～一七二頁参照）。

138 『熊本藩法制史料集』四二三・四二四頁。

139 『藩法史料集成』三七〇頁。

140 高塩解題・一〇二～一〇四頁参照。

141 『熊本藩法制史料集』七八八頁。

142 『熊本藩法制史料集』七二五・七二六頁。

143 高塩解題・一一二・一一三頁参照。

144 『熊本藩法制史料集』一一五三頁。

145 『藩法史料集成』三六六頁。この「例」のもとになった僉議は、『参談書抜』廿七（『熊本藩法制史料集』八四七・八四八頁）に見える。また、この文化三年の「例」と、後述の文化十三年の判例については、ゼミナール報告「熊本藩刑政の史的考察」七八、八三頁に、刑を減等した判例として言及されている。

146 『藩法史料集成』四九九頁。また『参談書抜』三十二（『熊本藩法制史料集』八五四・八五五頁）。

147 『藩法史料集成』三六六頁。

148 同右。

149 八重津論文・九六頁参照。

150 『藩法史料集成』四二九頁。

151 「御刑法草書附例」雜犯編「獄囚逃出」条によれば、徒刑小屋からの脱走者は刎首に処される（『藩法史料集成』四九三頁）。

152 鎌田前掲『熊本藩の法と政治』第二部第二章「刑罰と行政罰の分離」三三二・三三三頁、同『肥後藩の庶民事件録』一八八・一八九頁参

照。

153 以上、鎌田『熊本藩の法と政治』三三四頁。なお「摺縄絢方」は交通量の多いところで縄を絢わせるものである(同・三三三頁)。「植杉松」は原則として立木御用木盗伐の場合に科せられるもので、過料が払えない場合の代替刑としても科せられた(同・三三四頁)。「質屋締(方)」は一種の拘留刑である(同・三三四・三三五頁)。

154 『藩法史料集成』四二九頁。

155 滋賀『唐律疏議訳註篇一』二九頁参照。

156 布施弥平治「贖銅考」(『日本法学』第四二卷第一号、一九七六年)四二・四三頁参照。

157 黒板勝美『律令義解』新訂増補国史大系第二十二卷、吉川弘文館、二〇〇四年、『令義解』三二八・三二九頁。

158 瀧川政次郎、小林宏、利光三津夫「律令研究史」(『法制史研究』第一五号、一九六五年)一四七〜一四九頁参照。

159 『参談書抜』七十五に記載の天保八年(一八三七)の牛馬殺事件においては、「和律」の引用が見られることを指摘しておきたい(『熊本藩法制史料集』九四九頁、小林「熊本藩における中国法の機能」一八〇〜一八五頁参照)。

160 平松『近世刑事訴訟法の研究』九六八・九六九頁参照。

161 鎌田『熊本藩の法と政治』第二部第一章「熊本藩刑政の変遷」二九二頁、同『肥後藩の庶民事件録』六六〜七〇頁参照。

162 高塩解題・一〇二〜一〇四頁参照。

163 『熊本藩法制史料集』七八五・七八六頁。

164 『明律国字解』七頁参照。

165 宮澤前掲「明代贖法の変遷」三九九頁(95)参照。

166 前掲注(81)参照。

167 『大明律例訳義』六八四・六八五頁。

168 喜多「清代の「罰金」と地方財政」第一章注(16)八九頁、一〇二頁(18)参照。

169 前掲『清律例彙纂』第一卷(一九八一年)一一二頁以下。

170 八重津論文・九二・九三頁参照。

171 鎌田『熊本藩の法と政治』第二部第一章「熊本藩刑政の変遷」二九三、二九七頁、同『肥後藩の庶民事件録』七二・七三、一二五～一二八頁参照。

172 鎌田『熊本藩の法と政治』第二部第二章「刑罰と行政罰の分離」三一九～三四三頁、同『肥後藩の庶民事件録』一八六～一九二頁参照。

173 鎌田『熊本藩の法と政治』三二四頁以下参照。また、町方にも財産刑として「贖」が見られる（同・三三九・三四〇頁）。

174 『藩法史料集成』五一〇・五一頁。また、鎌田『熊本藩の法と政治』三二四・三二五頁参照。

175 小林「熊本藩「刑法草案」私考」二五八・二五九頁参照。

176 小林「熊本藩と法的思考」二八一～二九〇頁参照。

177 本章第二節冒頭の引用文、前掲注（22）参照。

178 本研究第一編第四章参照。

179 高塩博『『大明律例訳義』について』（『大明律例訳義』所収）七二〇・七二二頁参照。

180 小林「熊本藩と『大明律例訳義』」二二〇頁以下参照。

181 『大明律例訳義』一七頁〔33〕。

三 会津藩「刑則」

（一）「刑則」の概要

会津藩の「刑則」は、手塚豊氏の「会津藩「刑則」考」（手塚論文）¹によって、明律系藩法として紹介されたものであり、近年は高塩博氏による研究²が公となっている。「刑則」の刑罰制度について詳述した研究としては、前掲の手塚論文と、井関鐵雄「寛政期における刑罰の大改正——『刑則』を中心として——」（井関論文）³、『福島県警察史』⁴等が存在し、それぞれ贖刑制度についての言及が見られる⁵。

第五代藩主の松平容頌と家老の田中玄宰による藩政改革の一環として制定された「刑則」は、寛政二年（一七九〇）に制定されたのち増補が行われ、寛政八年（一七九六）に今日伝存する「刑則」が完成したとされる。「刑則」編纂に当たって用いられた「明律」と明律注釈書としては、荻生北溪の『官准刊行明律』と、高瀬学山の『大明律例訳義』が有力とされており⁷、特に『大明律例訳義』については利用の実態が明らか

となっている。⁸⁾

前記の研究によれば「刑則」は、「老幼廢疾蠢愚之者」、すなわち高齢者や幼年者等に加え、「願」による場合にも贖刑を認めているとされる。本章においてはこれらの研究に依拠しつつ、こうした「刑則」の贖刑制度について考察を加えたい。

(二) 「刑則」の刑罰と贖刑

はじめに「刑則」の構成と刑罰体系、またそれに対応した「贖銅」の額について概観しておきたい。「刑則」は各論的規定をも含む他の明律系藩法とは異なり、「主として刑罰の種類とその内容を成文法化したもの」⁹⁾とされ、前文の「刑則序」と、「士人」・「庶人」・「士庶通条」の三つの編目、九つの刑罰の配当図から構成されている¹⁰⁾。

「士人」に対する刑罰には、蟄居(五日・十日・十五日・二十日)、閉門(三十日・五十日・七十日・九十日)、揚座敷(一年・二年・三年・永居)、死(切腹・白洲斬罪・牢内刎首)があり、「庶人」に対する刑罰には、笞刑・杖刑・徒刑・肉刑・死刑(刎首・誅伐・磔)がある¹¹⁾。これらの刑罰には、それぞれ対応する「刑則」制定以前の従来の刑罰もまた併記されており¹²⁾、「贖銅」の額とともに刑罰配当図に表形式で定められている。「刑則」がこうした刑罰配当図を設けたことは中国律の影響とされるが¹³⁾、『官准刊行明律』等所収の「納贖諸例図」からの影響が考えられよう¹⁴⁾。

「贖銅」額が明記されているのは庶人に対する刑罰のうち、笞刑・杖刑・徒刑・肉刑であり、その内訳は以下の通りである¹⁵⁾。

- ① 笞刑……五(五百文)、十(一貫文)、十五(一貫五百文)、二十(二貫文)、二十五(二貫五百文)
- ② 杖刑……三十(三貫文)、四十(四貫文)、五十(五貫文)、六十(六貫文)、七十(七貫文)
- ③ 徒刑……半年(十四貫文)、一年(十七貫五百文)、一年半(二十一貫文)、二年(二十四貫五百文)、二年半(二十八貫文)
- ④ 肉刑……肩入墨徒二年半(三十五貫文)、額入墨徒二年半(三十八貫五百文)、耳鑲徒二年半(四十二貫文)、鼻鑲徒三年(四十五貫六百文、会津図書館本は同五百文)

笞刑と杖刑に関しては、「刑則」制定以前の刑罰として「過料錢」が併記されている。杖六十までは「贖銅」の額と同額であり、杖七十に対し

ては「過料錢七貫文、八貫文、九貫文、拾貫文」¹⁶がこれに当たるとしている。「刑則」では押込・牢舎・過料錢に代えて笞刑・杖刑を設けたのであるが¹⁷、制定後の追加規定では事跡によっては過料を科すものとされており、博奕犯に過料を科す法令も見られる¹⁸。

(三)「老幼廢疾憊愚之者」の贖刑

「老幼廢疾憊愚之者」、すなわち高齢者や幼年者等に贖刑を適用する規定は、「土庶通条」の62条から66条にわたって存在する。手塚論文の指摘するように、基本的には先に論じた熊本藩の「刑法草書」等の本編で扱う他の明律系藩法と同様に、「明律」の名例律・老小廢疾取贖条と、同・犯罪時未老疾条を参酌したものであるが、「刑則」独自の改変がなされている。手塚論文では、幕府法とは異なり高齢者についての規定を有している点、段階に応じた相対的刑事責任能力を認めている点、「刑法草書」に比べ「明律」の規定を咀嚼、消化して摂取している点などが指摘されている¹⁹。

(「土庶通条」62条)

一 在勤之外年八拾歳方以上、又ハ拾歳方以下之者ハ、刑罰を不加して可赦之、

但、右可赦者といへとも、事跡ニテ、難赦罪状之ものハ、右之法格に不拘、其宜ニ応し批判可申出事、

(同63条)

一 年七十歳方七十九歳までと、拾壹歳より拾四歳迄、又ハ廢疾之者と、生れ付憊愚にして小児のとき者ハ、右肉刑以下贖銅十ヶ一之割

合を以、令納贖可有之事、²⁰

62条は老小廢疾取贖条の九十歳以上・七歳以下の段階に当たるものであるが、刑事無責任の年齢が「明律」よりも拡張されている点や、「在勤」の場合の扱いについては、本条の特徴として指摘されている²¹。63条の規定は老小廢疾取贖条とほぼ同じものである。

同64条は、「土人及年割以上月割以下御家人并庶人」で押込や牢舎に当たる者が、老幼廢疾の規定に該当する場合の減輕方法を定め、「大凡前条十ヶ一之割合に準、所当之等級を降して可有之、」²²としている(但では僧侶・修験・社人についても同様に定めている)。帯刀の者の笞刑・杖刑については、「押込」や「牢舎」に換えることになっており(「庶人」24条)²³、こうした場合を想定したと思われるが、刑罰図には「月

割以下御家人、当答五之刑者、以押込五日、不許贖、下效之、²⁴や、「月割以下御家人、当杖三十之刑者、以牢舎三十日、不許贖、下效之、」²⁴など、贖刑を許さない旨も規定されているため、本条が贖刑を想定していたのかについては不明である。

(同 65 条)

一 拾四歳以前に犯したる罪跡、壮年に及て顕る時ハ、拾四歳以前之法ニ処し、又壮年之悪事、七拾歳以上ニ至て顕るゝ時ハ、七拾才以上之所当可申付之、八十才以下容赦之儀も、可準右之断事、²⁵

65 条は「明律」の犯罪時未老疾条に相当するものである。もともと本条においては、犯罪時未老疾条には存する、徒刑の刑期中に老疾となった場合の規定が欠落している。次節に掲げる「願」による場合について定めた 35 条但の、日割によって納贖させるという規定を準用したのかもしれない。

同 66 条は「右二頭候老幼廢疾蠢愚之者といへとも、其罪跡不軽して、右十ヶ一之割合を以、難相宥者ハ、其法格に不拘、各随其宜可為判断事、」²⁶と定める。先の 62 条においても事跡によっては適宜批判せよとの但があったが、本条も同様の旨を定めている。「明律」の老小廢疾収贖条においても、重大な犯罪は収贖の対象から除かれているのであり、本条もこれを踏襲したものと思われる。

次に「老幼廢疾蠢愚」の者に贖刑を科す場合の贖の金額について述べたい。本節で引用した条文には「十ヶ一之割合」という文言が散見されるが、刑罰図にも笞刑から肉刑にわたって「老幼廢疾蠢愚之者、其十ヶ一、下效之、」²⁷と明記されている。これは「老幼廢疾蠢愚之者」は十分の一の額での納贖が許されるものと解されている²⁸。このように「刑則」は高齢者や幼年者、障害者等に贖刑を適用する場合に、優遇した低い金額での贖罪を許しているのである²⁹。これは『官准刊行明律』等所収の「納贖諸例図」、あるいは『大明律例訳義』の「贖法」を参照した際に、「老疾折錢」の項目を取り入れたものではないかと思われる³⁰。

なお、女性に対する徒刑と肉刑の科刑について述べておくと、「庶人」31 条では徒刑は「奴」として行うものとされ、また、同 39 条但によれば肉刑もまた罪状によっては行われた³¹。このように「刑則」では「明律」とは異なり徒刑等を贖刑には換えていない。

(四) 「願」による贖刑

「願」によって贖を許す制度は、他の明律系藩法には見られない「刑則」特有の制度である。この制度は庶人に科せられる刑罰のうち、一部の笞杖刑と徒刑を対象としている。本制度については先行研究では、前述の「老幼廢疾憊愚之者」に対するものと並び、「刑則」で贖が認められる場合として紹介がなされている。本節においては、これが「老幼廢疾憊愚之者」に対する贖刑と明確に区別して立法されている点を確認し、明代の贖刑制度との関係について指摘を行いたい。

「願」による贖刑制度の規定は、「庶人」の各条にわたって規定されている。初めに笞刑と杖刑の規定から確認していききたい。

(「庶人」22条)

一 笞杖は、牢屋構之内におゐて可打之、若其罪状、市に可晒ものは、市中におゐて打之、或ハ定之日数晒候上、打候儀も可有之、

但、牢屋構之内におひて行笞杖者ハ、本罪連座共、願によつて令贖之、市中ニおゐて行笞杖ものハ、不可許贖事、^{3 2}

本条に関して手塚論文では、「贖」をみとめる制度が明律の模倣であることは、いうまでもないが、それは「老幼廢疾憊愚之者」のみならず、前に掲げたごとく、「牢屋構ノ内ニ於テ行笞杖」の場合「本罪連座」の者にも行われたことを注意すべきであろう。^{3 3}と、「老幼廢疾憊愚之者」に対する贖刑に加えて別途、贖刑が認められる場合があることが指摘されている^{3 4}。

続いて徒刑の場合の「願」による贖刑規定である。

(「庶人」35条)

一 徒奴刑、本罪之者不許贖、連座之者ニ限り、願ニよつて可許贖、

但、納贖之期日、二十日を可限、若其期日を過而不納贖時ハ、徒奴刑可申付、尤徒奴中、願贖者於有之ハ、以日割令納贖、可許之事、^{3 5}

これについても手塚論文では、「笞杖刑の贖は、前に述べたごとく、本罪の者にも許される場合があつたが、徒奴刑のそれは、連坐の者にのみ

許されたことを注意すべきである。」³⁶と説明を加える。本条で注目すべきは徒奴の刑期中であっても納贖が許された点であり、その場合は日割で納贖させるとしている。これは「明律」の犯罪時未老疾条（本編第二章第二節③参照）が、徒刑の刑期中に老疾となった場合に、残りの刑期分の贖額を計算して収贖すると定めているのに倣った規定であると考えられる。

このように「牢屋構之内」で執行される笞刑・杖刑の本罪と連坐の者³⁷および、徒刑の連坐の者³⁷には、「願」によって贖刑が適用される。この「願」による贖刑と、前節で確認した「老幼廢疾憊愚之者」に対する贖刑とが明確に区別されていることは、以下の納贖の期日に関する諸条文を見れば明らかである。

〔庶人〕 27条)

- 一 笞判令納贖之期日ハ五日、杖刑ハ十日を限るへし、若其期日を過て不納者ハ、再不許贖、笞杖可申付事、³⁸

これは「願」による笞刑・杖刑の場合の贖刑について、納贖期日を定めたものと思われるが、期日を過ぎても納贖しない場合は、贖は許されず笞杖が執行されることになっている。転じて「老幼廢疾憊愚之者」に対する場合であるが、

〔庶人〕 28条)

- 一 老幼廢疾憊愚者、令納贖之期日右同断、若其期日を過るといへとも、納贖する事不相成ものは、其期を延て漸々可令贖之、

但、其期を延るといへとも、納贖する事難相成者有之おゐてハ、叱并押込之内を以宥贖之、多少掛合押込定例之日数ニ不拘、振替之
所当可申付候事、³⁹

以上のように、期日を延長することが認められているのみならず、納贖ができなくとも「叱」や「押込」に換えて笞杖は科さないことになっている。

これは徒刑の場合も同様である。前掲の「願」による贖刑について定めた35条但では、期日を過ぎても納贖しない場合には、徒奴刑がそのまま執行されることになっている。これも「老幼廢疾憊愚」の場合に関しては、以下のように定める。

〔庶人〕 36 条)

一 老幼廢疾瘵愚にして徒奴に當る者、令納贖之期日右同斷、若其期日を過るといへとも、納贖する事不相成者ハ、其期を延て、漸々に可令贖之、

但、其期を延るといへとも、納贖する事、難相成者於有之ハ、押込牢舎之内を以宥贖之、多少へ掛合押込牢舎定例之日數に不拘、振替之所當可申出事、⁴⁰

井関論文では同条について「納贖の期日が過ぎ納贖をすることが出来ない者は、納期を延ばし徐々に納贖させるという細かい配慮もみられる。」⁴¹と指摘されるが、単に期限を延長するのみならず、それでもなお納贖が困難ならば、「押込」や「牢舎」に換えることになっている。

笞刑・杖刑の場合もそうであるが、「老幼廢疾瘵愚」の者には制度上、実刑は科されないようになっているのである。笞刑・杖刑が身体的な苦痛を伴うものであることは言うまでもないが、徒刑も「終日辛苦煩辱之事を繰らしめ、寒暑風雨之勞に役して可懲之、」(〔庶人〕 29 条)⁴²というものであり⁴³、こうした刑罰を「老幼廢疾瘵愚之者」に科すことを避けようとする傾向をうかがうことができる。

また、贖の金額についても前節で述べたように、「願」によるものと、「老幼廢疾瘵愚」の場合とは異なっており、「老幼廢疾瘵愚之者」は十分の一の額での納贖が許されている。このように「刑則」は「老幼廢疾瘵愚」の場合の納贖について優遇する規定を特別に設けているのであり、「願」による贖刑とは明確に区別されていることが指摘できる。

先に引用した手塚論文の記述では、「刑則」の贖刑は「明律」の模倣であるとされていたが、とりわけ「願」によって贖刑を認める制度は、具体的には「明律」のどの制度に依拠しているのであろうか。注目すべきは、贖を納入できない場合には、実刑がそのまま科されるという点である。これは資力の無い者には贖罪を許さず笞杖刑をそのまま執行すると定めた、「問刑条例」の五刑条例の第一条の規定(第二章第三節(2)⑦参照)と一致している。「刑則」制定に当たって参照された『大明律例訳義』には、この和訳が載せられているから、本条もまた参照されたはずである⁴⁴。

「願」による贖刑の適用要件は明確ではない。しかし、「老幼廢疾瘵愚」の者に対する贖刑とは異なり、少なくとも条文上は適用対象を限定していないのであり、文字通り受刑者の「願」によって、資力があり納贖が可能であれば贖刑が許されたと考えることも可能であろう。「刑則」の

「願」による贖刑は、死刑や肉刑を含んだ五刑すべてには及んでいないが、明代の「例贖」と類似した性格を有すると考えられる。

(五) 肉刑・死刑に対する贖刑

先に確認したように、「老幼廢疾憊愚之者」で贖刑が許されるのは、63条に見えるように肉刑以下となっている。ところで、肉刑と死刑の贖刑規定については先行研究において、その意味に関して疑問が持たれている。本節ではこの点について確認しておきたい。まず肉刑については以下の条文が存在する。

〔庶人〕40条

一 肉刑に贖銅を配賦する者ハ、老幼廢疾憊愚之ものをして、為令宥贖也、右納贖之期日法例、凡而可従前条徒刑之断事、⁴⁵

本条について手塚論文では、「肉刑の場合の贖は、前条によると、「老幼廢疾憊愚」の者にだけ認められたように理解されるが、前に掲げた図表によると、かならずしもそうでないようにも思われるので、この点は疑問としておく。」⁴⁶とする。一方で、井関論文では「贖銅は老幼廢疾憊愚の者にあると定め、それ以外の者には許されていない。」⁴⁷と断言している。

この点については井関論文の見解を是とすべきであろう。手塚氏はおそらく、たとえば、刑罰図の肩入墨徒二年半の箇所に「贖銅三十五貫文、老幼廢疾憊愚之者、其十ヶ一、下效之、」⁴⁸等見られるように、贖刑の額を示したうえで、「老幼廢疾憊愚之者」には減額すると表記されている点から、肉刑にも「願」による贖刑が適用される可能性を留保されたのではないかと思われる。しかしこれは、「刑則」が「老幼廢疾憊愚之者」の贖額を、「土庶通条」において、一律に刑罰図の額の十分の一と規定しているためであると思われる。適用を想定しない贖額であっても、「土庶通条」の規定との整合性を保つためには、刑罰図に表記せざるをえなかったのではなからうか。

先に確認したように徒刑の段階で「願」による贖刑は連坐の者に限られていた。そして連坐によって肉刑を科す規定を見出すことはできない⁴⁹。したがって肉刑に対して、「願」による贖刑を許すことは想定されていないものと思われる。以上より、まさしく40条で明言されているように、肉刑に対して贖刑が許されるのは、「老幼廢疾憊愚之者」の場合に限られたと解するのが妥当であると思われる。

また、死刑に関しても以下の通りである。

〔庶人〕41条)

- 一 死刑宥之儀ハ、贖銅十一之割合ニ不可拘事、⁵⁰

手塚論文では本条について、「……規定の意味もはっきりしない。死刑には「贖銅」の定めが明記されていないからである。」⁵¹と述べられており、井関論文ではより明確に、「贖銅については贖銅十分の一にかかわってはならないとただけで規定はない。贖銅は許されていなかったと解してよい。」⁵²としている。

「刑則」には、宜しきに従って判断せよとの規定が多く見られ、老幼年者の死刑をも許すと思われる前掲の62条においても、但にそうした旨が書かれている⁵³。本条もまた、こうした死刑の減輕について、既存の贖銅の規定にかかわらず判断せよと定めたものではなからうか。

(六) 贖刑制度導入の背景

「刑則」における贖刑制度導入の背景としては、本章においてこれまで指摘してきたように、「明律」の影響が大きいものと考えられる。「刑則」に対しては、高瀬学山『大明律例訳義』の「律大意」からの思想的影響が指摘されるところである⁵⁴。第二章で述べたように、「律大意」には広範な贖刑の適用を推奨する記述が存在したのであるが、「刑則」における贖刑の採用、とりわけ「願」による贖刑制度は、「律大意」の影響として指摘できるのではないかと思われる。しかしながら、「刑則」における贖刑制度採用の要因としては、「明律」のみならず、儒教経典や「唐律」、「養老律」等のその他の律、また会津藩旧来の法の影響もまた想定できるのである。

(1) 儒教経典および他の律

「刑則」に対する儒教経典の影響については、その序文からうかがい知ることができる。「刑則」の序文には増補完成時の寛政八年序文(「刑則序」と、制定時の寛政二年序文の二種が存在する。前者は今日伝存する「刑則」のものであるが、後者は高塩氏によって新たに見出されたものである⁵⁵)。

先に確認したように「刑則」は笞・杖・徒・肉・死からなる「五刑」の刑罰体系を採用している。こうした「刑則」における五刑制の存在に

ついて論じたものが小林宏氏の研究である。小林氏は「刑則」の寛政二年序文を用いて、「刑則」の五刑が「先王」の「五刑之法」に依拠するものであることを指摘し、肉刑や徒刑、笞杖刑の採用に関して儒教経典の影響が見られることを論じられている⁵⁶。この「刑則」の序文によるならば、贖刑についても儒教経典の影響を見出すことができると思われる。

「刑則」の寛政八年序文は『書経』（『尚書』）「舜典」から、「象以典刑、流宥五刑、鞭作官刑、朴作教刑、金作贖刑、眚災肆赦、怙終賊刑」⁵⁷という一文を引用している⁵⁸。「鞭作官刑」、「朴作教刑」については笞杖刑との関係で小林氏も指摘されているが⁵⁹、「金作贖刑」もまた引かれていることにも注意を要する。このように儒教経典に五刑とともに贖刑が存在することは、「刑則」の贖刑採用に影響を及ぼしたことが考えられるのである。

また、会津藩においては「明律」以外にも藩の先例のほか、「唐律」や日本の「養老律」等もまた利用されたと指摘されており⁶⁰、笞杖刑の採用に際しても、古代の日中の笞杖刑が採用の論拠に挙げられている⁶¹。「唐律」や「養老律」もまた贖刑制度を有するのであり⁶²、「刑則」の贖刑採用に対する「唐律」や「養老律」の影響も考えられよう。

さらに、「刑則」の制定に当たっては、熊本藩の「刑法草書」が参考にされたとされており、手塚氏や小林氏らによって、徒刑制度や五刑制について熊本藩から会津藩への影響が論じられている⁶³。「刑法草書」が贖刑制度を備えていることもまた、会津藩における贖刑制度の採用に何らかの影響を及ぼしたかもしれない。

(2) 会津藩の旧来の法

以上の中国法や中国思想の影響に加え、会津藩における「刑則」の制定以前の旧来の法の影響も無視することはできない。守屋浩光氏の研究によれば、会津藩においては十七世紀後半からすでに寛刑化が見られるという⁶⁴。守屋氏がその一例として示されるのは、正保三年（一六四六）の過料刑の量刑に関する史料であり、すなわち、過料額は「その者の生活が成り立つように決定されるべきである」とされた⁶⁵。こうした財産刑の場合に、徴収額を当人の事情に応じて調整するという考え方は、「老幼廢疾憊愚之者」の贖額を減じる規定に影響を与えたかもしれない。

また井関論文においても、親類や町村の負担となる牢賄の負担軽減のため、享保十四年（一七二九）に、牢舎を過料に振り替えるように定められていることが紹介されており、刑の緩和・寛大化の動きという分析がなされている⁶⁶。このように過料額を当人に応じて変えたり、また一定の刑罰を過料に換えたりするという方法が、「刑則」の制定以前の会津藩において、すでに用いられていたということが指摘できるのである。

「刑則」の寛政二年序文には「因^{ヨリ}旧法^ニ可^{ヘキ}宥^{ナタム}者宥^{ナタム}レ之^ヲ」¹という文言が存在するが、これには「旧法ハ広く見テ御代代ノ御刑法ハ不^レ及^レ申^ニ、凡テ刑ヲ行^ル則^リニナリタル古法ヲサシテ云フ、」²「可^レ宥^レ者宥^レ之^トハ、跋^ニ見^{ユル}通り、老少・廢疾・不識・過失・遺忘ノルイ、宥^{ムル}ノ仕形本文ニアリ、則チ古法ニヨリテ定メタルコトナリ、」³67という注釈が施されている。⁶⁸この「老少・廢疾」は、「老幼廢疾蠢愚之者」の規定を指していると思われるが⁶⁹、こうした贖刑を用いる減輕制度の導入には、序文によれば広く会津藩の歴代の法や、日中の律等の「古法」が用いられたことになる。

(七) 小括

本章では、「刑則」の贖刑制度について先行研究を踏まえ、「老幼廢疾蠢愚之者」に対するものと、「願」によるものとに分けて検討を行い、この両者が明確に区別されていることを指摘するとともに、両者と明代の贖刑制度との関係について論じた。とりわけ注目すべきは、他の明律系藩法には存在しない「願」による贖刑制度である。「老幼廢疾蠢愚之者」に対するものが「明律」の「律贖」から取られているのに対し、これは「例贖」を参考に立法された制度であると考えられるのである。

また、これら「刑則」の贖刑制度については、「明律」以外の律や、儒教經典、会津藩の旧来の法からの影響も想定できる。会津藩はこれら複数の法や制度を参考に「刑則」の贖刑制度を構築したと言える。

「刑則」は各則部分を有さない刑法典であるため、過失殺傷等の「明律」や他の明律系藩法の例から考えて贖刑の適用が想定され得る場合に、いかなる科刑を行っていたかについては「刑則」自体からうかがい知ることができない⁷⁰。こうした場合も含めて、『家世実紀』等の史料から、会津藩の贖刑運用の実態を解明することが今後の課題となり得る。

¹ 手塚豊「会津藩「刑則」考」(手塚豊『明治刑法史の研究(中)』手塚豊著作集第五卷、慶應通信、一九八五年。初出・慶應義塾大学法学部編『慶應義塾創立百年記念論文集(法学部)』第一部・法律学関係、一九五八年)。

² 高塩博「会津藩「刑則」——解題と翻刻——」(高塩博『日本律の基礎的研究』汲古書院、一九八七年、初出『國學院大學日本文化研究所紀要』第五七輯、一九八六年)、同「会津藩「刑則」の制定をめぐって」(『國學院大學日本文化研究所紀要』、第七一輯、一九九三年、第二章注要) (4) 高塩『近世諸藩の法と刑罰』再録)、同「会津藩における『大明律例訳義』の参酌」(池田温編『日中律令制の諸相』東方書店、二〇〇

二年、高塩『近世諸藩の法と刑罰』再録)、第二章注(4)『江戸時代の法とその周縁』所収「会津藩「刑則」とその刑罰」、「草創期の徒刑制度——熊本藩徒刑から幕府人足奇場まで——」二八〇～三二二頁。

3 井関鐵雄「寛政期における刑罰の大改正——『刑則』を中心として——」(『会津若松市史研究』第三号、二〇〇一年)。

4 福島県警察史編さん委員会編『福島県警察史』第一卷(福島県警察本部、一九八〇年)八〇～九五頁。

5 『日本律の基礎的研究』高塩解題においても、「贖」の制度を設けて換刑をおこなない、就中、老小不具者に対して優遇措置をとったこと。(四二七頁)が「刑則」の特徴として挙げられている。

6 高塩「会津藩「刑則」の制定をめぐって」一二五頁参照。詳細な制定過程については、同・一二〇～一二八頁、手塚論文・二四七～二五六頁参照。

「刑則」は、前掲の手塚論文と『福島県警察史』第一卷(ともに会津図書館本)、そして高塩前掲「会津藩「刑則」」(筑波大学本)に翻刻されている(高塩解題・四二七～四二九参照)。以下、「刑則」については『日本律の基礎的研究』再録の高塩氏翻刻のものを参照し、単に「刑則」と略称する。また同解題については高塩解題とする。

『家世実紀』は、家世実紀刊本編纂委員会編『会津藩家世実紀』全十五卷(吉川弘文館、一九七五～一九八九年)による。

7 高塩「会津藩における『大明律例訳義』の参酌」四五五頁参照。

8 高塩「会津藩「刑則」の制定をめぐって」一三一～一三五、一五七頁以下、および同「会津藩における『大明律例訳義』の参酌」参照。

9 手塚論文・二八六頁。

10 手塚論文・二五七頁、高塩解題・四二四～四二六頁参照。

11 高塩解題・四二六頁参照。

12 「刑則」の制定後も後述の過料を含め、従来の刑罰は引き続き行われることがあった(手塚論文・二八〇・二八一頁、井関論文・一二七～一二九頁参照)。

13 高塩解題・四二七頁参照。

14 「刑則」の贖刑を定める各条文において「納贖」と表記されていることも、これを裏付ける傍証となる。

15 「刑則」四三五～四四一頁、手塚論文・二六三・二六四、二六七・二六八頁。

- 1 6 「刑則」四三七頁。
- 1 7 高塩「会津藩「刑則」の制定をめぐって」一四六頁参照。
- 1 8 「刑則」四四八頁、手塚論文・二八一・二八二頁、高塩「会津藩「刑則」とその刑罰」七二頁参照。会津藩における博奕犯処罰については、坂詰智美「会津藩における行刑の取り計らい——『家世実紀』・天保期史料「簡易之取計」から見る博奕取締を題材として——」（藩法研究会編『大名権力の法と裁判』創文社、二〇〇七年）参照。
- 1 9 手塚論文・二七七・二七八頁参照。また、『福島県警察史』第一卷・八六頁、井関論文・一二七、一二九頁参照。
- 2 0 「刑則」四四四頁。
- 2 1 手塚論文・二七八頁。
- 2 2 「刑則」四四四頁。
- 2 3 「刑則」四三八頁。手塚論文・二六三頁、『福島県警察史』第一卷・八四頁、井関論文・一二六頁参照。
- 2 4 「刑則」四三六頁。『家世実紀』には、「御家人ハ笞杖数之日限を以牢舎申付、贖を不許」（『会津藩家世実紀』第十三卷・四〇四頁）と見える。
- 2 5 「刑則」四四四頁。会津図書館本では「八拾歳以下拾歳以下宥赦之義」（手塚論文・二七七頁）とする。ともに八〇歳以「上」の誤りとされる。
- 2 6 「刑則」四四四頁。
- 2 7 「刑則」四三六、四三九・四四〇頁。
- 2 8 井関論文・一二七頁参照。
- 2 9 これは過料の場合にも適用されていた（手塚論文・二八一・二八二頁参照）。
- 3 0 第二章注（165）（169）参照。
- 3 1 「刑則」四三九、四四一頁。井関論文・一二四・一二五頁、高塩「会津藩「刑則」とその刑罰」七〇・七一頁参照。
- 3 2 「刑則」四三七頁。
- 3 3 手塚論文・二六六頁。

^{3 4} 井関論文も、笞杖刑や後述の徒刑の場合において「願い」によって、本罪や連坐の者に贖銅が許される旨を指摘している（一二五、一二七頁）。

^{3 5} 「刑則」四四〇頁。

^{3 6} 手塚論文・二七一頁。

^{3 7} 磔に処せられた者の妻子には「定例連座して」徒奴二年、誅伐に処せられた者の妻子には「事跡ニより連座して」徒奴一年半を科している（「庶人」46条、「刑則」四四二頁。井関論文・一二九頁参照）。

^{3 8} 「刑則」四三八頁。

^{3 9} 「刑則」四三八頁。

^{4 0} 「刑則」四四〇頁。

^{4 1} 井関論文・一二五頁。

^{4 2} 「刑則」四三九頁。

^{4 3} 笞杖刑や徒刑の執行方法やその意義については、高塩「会津藩における『大明律例訳義』の参酌」四五六～四五九頁参照。

^{4 4} 「刑則」制定に関する史料である「刑則制定調査書」には、『大明律例訳義』の五刑条と、その条例の第一条が引用されている（高塩「会津藩「刑則」の制定をめぐって」一一〇頁口絵、一三二頁参照）。

^{4 5} 「刑則」四四一頁。

^{4 6} 手塚論文・二七一頁。

^{4 7} 井関論文・一二四頁。

^{4 8} 「刑則」四四〇頁。

^{4 9} 磔に処された者の妻子ですら徒奴二年であるから、連坐による肉刑はあり得なかったと思われる（前掲注（37）参照）。

^{5 0} 「刑則」四四二頁。

^{5 1} 手塚論文・二七五頁。

^{5 2} 井関論文・一二二・一二三頁。

- ⁵³ こうした「弾力性」は「刑則」の適用上の原則とされる（手塚論文・二八〇頁、高塩「会津藩「刑則」とその刑罰」七一・七二頁参照）。
- ⁵⁴ 高塩「会津藩「刑則」の制定をめぐって」一六三・一六四頁参照。
- ⁵⁵ 両序文は、高塩「会津藩「刑則」の制定をめぐって」一三八～一四三頁に引用されている。寛政八年序文は、「刑則」四三一頁、手塚論文・二五七頁にも翻刻されている。
- ⁵⁶ 第二章注（5）小林「熊本藩と法的思考」三〇八～三一二頁参照。
- ⁵⁷ 「刑則」四三一頁。「象を典刑と以し、流は五刑を宥め、鞭を官刑と作し、扑を教刑と作し、金を贖刑と作し、金を贖刑と作し、雷災は肆赦し、怙終は賊刑す。」（加藤常賢『書経（上）』新釈漢文大系（明治書院、一九八三年）三五頁）。『書経』の贖刑について、小島祐馬「経済上より観たる『尚書』の贖刑」（『支那学』第一卷第六号、一九二二年）参照。
- ⁵⁸ 「刑則」の序文の記述と中国古典との関係については、高塩「会津藩「刑則」の制定をめぐって」一五二頁（3）参照。
- ⁵⁹ 小林「熊本藩と法的思考」三一二頁参照。
- ⁶⁰ 高塩「会津藩「刑則」の制定をめぐって」一五五～一五七頁参照。
- ⁶¹ 高塩「会津藩「刑則」の制定をめぐって」一三七・一三八頁、小林「熊本藩と法的思考」三一二頁参照。
- ⁶² 第一章注（1）、第二章注（156）参照。
- ⁶³ 手塚論文・二五一・二五二頁、小林「熊本藩と法的思考」三〇八～三一四頁参照。
- ⁶⁴ 守屋浩光「江戸時代初期における「寛刑化」と藩政の確立（一）——相馬・会津・盛岡藩を題材に——」（『法学論叢』第一三四卷第一号、一九九三年）二五頁以下参照。
- ⁶⁵ 守屋前掲論文・三〇頁。『会津藩家世実紀』第一卷・二四九頁。これからは「犯罪を犯した者の生活に注目し、生活が成り立たなくなる事態を避けようとする姿勢」（守屋前掲論文・三〇頁）が見られるとされる。こうした姿勢は、「刑則」の笞杖刑の導入においても見られる（高塩「会津藩における『大明律例訳義』の参酌」四五三頁）。また、守屋氏はこの時期の寛刑化の要因の一つとして、保科正之以来の会津藩の文教、すなわち「刑無きを期す」という儒教思想を指摘される（守屋・同（二）『法学論叢』第一三五卷第四号、一九九四年、一〇七・一〇八頁）。
- ⁶⁶ 井関論文・一一六頁参照。『会津藩家世実紀』第七卷・二六四頁。

⁶⁷ 高塩「会津藩「刑則」の制定をめぐる」一四〇頁。

⁶⁸ 「不識・過失・遺忘」は『周礼』『秋官』の記述に由来すると思われる。「蠢愚」の語も『周礼』に見える。本田二郎『周礼通釈』下（秀英出版、一九七九年）二八九・二九〇頁参照。

⁶⁹ 「不識・過失・遺忘」については、「土庶通条」59条に見えるが（「刑則」四四三・四四四頁、手塚論文・二八〇頁参照）、減輕方法として贖刑の利用は明記していない。

⁷⁰ 過失については前掲注参照。

四 弘前藩「寛政律」「文化律」

（一）「寛政律」「文化律」の概要

弘前藩（津軽藩）¹の「寛政律」（「御刑法牒」）²は、九代藩主の津軽寧親によって、寛政九年（一七九七）に制定された刑法典であり、明律系藩法として知られているものである。これに次いで文化七年（一八一〇）に制定された「文化律」は、幕府の「公事方御定書」を範として編纂された刑法典である³。

先行研究によるならば、「寛政律」と「文化律」の刑罰には「贖刑」が見られ、その適用対象は、①老幼廢疾者の犯罪、②女性の犯罪、③過失殺傷となっており、労役等により贖刑を代替する制度も存在する⁴。

（二）「寛政律」「文化律」の刑罰と贖刑

「定例」の「御刑法名目」条によれば、「寛政律」の刑罰には、戸ペ（五日・十日・十五日・廿日・三十日）、鞭刑（三・六・九・十二・十五）、鞭刑追放（鞭十八・所払・同廿一・三里・同廿四・五里・同廿七・七里・同三十・十里大場御構）、徒刑（徒半年鞭三十・同一年鞭三十・同一年半鞭三十）、死刑（斬・獄門・磔・火刑）があり、戸ペは「明律」の笞刑と、鞭刑は杖刑と、鞭刑追放は徒刑と、徒刑は流刑と対応している⁵。これら正刑と対応した贖額は、同条の「贖刑」に以下のように規定されている。

鞭三八過料三貫六百文	同六ハ 四貫二百文
同九ハ 四貫八百文	同十二ハ 五貫四百文
同十五ハ 六貫文	同十八ハ 十二貫文
同廿一ハ 十五貫文	同廿四ハ 十八貫文
同廿七ハ 廿一貫文	同三十八ハ 廿四貫文
徒半年ハ 三十貫文	同一年ハ 三十三貫文
徒一年半ハ 三十六貫文	死罪ハ 四十二貫文 ⁶

本条には「右過料之儀ハ老幼廢疾之類、刑に不可行者、并過ニて人ヲ殺、或疵付候類、相当之過料ニて罪ヲ贖ひ可申事、」⁷という注記が付けられている。ここでは贖刑の適用対象として老幼廢疾と過失殺傷とが挙げられているが、女性の犯罪も贖刑の対象である。

なお、これより「寛政律」における「贖刑」は「過料」とも呼ばれることが分かる。注意すべきは「寛政律」や「文化律」においては、贖ではない主刑として科される刑罰も「過料」と呼ばれ、複数の犯罪に科せられている点である⁸。

戸ペに対応する過料額については、「寛政律」本文では「但、子、兄弟、或ハ奉公人之類、戸ペ難相成者ハ、右日数之通、過料人夫、或ハ一日六十文之積を以、過料錢為差出候事、」⁹と、一日あたり六十文の換算としているが、文化五年（一八〇八）に村役の戸ペは過料に換えられることになり、新たに額が定められている¹⁰。この改正による戸ペの過料額は『藩法史料集成』所収の「寛政律」である「京大本」においても、貼紙で追加されており、その額は、五日（六百文）・十日（九百文）・十五日（壹貫貳百文）・廿日（壹貫五百文）・三十日（壹貫八百文）となっている¹¹。

続く「文化律」もまた、正刑と過料との対応を定めた「定例」¹²「贖定之事」¹³条¹⁴を有しており、その額は「寛政律」のものと同じである。本条にもまた「寛政律」と同様に、「右過料之儀^者老人幼少者并片輪者之類、刑に不可行者、或^者怪我ニ而人を殺候坎、疵付候類、相当之過料ニ而罪をあかなひ可申事」¹⁵という注記が付けられているが、女性の犯罪も贖刑の対象であることは「寛政律」と同様である。

(三) 贖刑の適用条文

① 老幼廢疾者の犯罪

老幼廢疾者の犯罪に関する規定は、「寛政律」の「定例」に見られる。

老幼廢疾之事

一 歳七十以上十五歳已下并廢疾之者、死罪以下、贖ニて用捨可致事、八十已上十歳以下、死罪を犯候者ハ、上聞之上、時宜御沙汰可被仰付事、盜賊并人に疵付候者、贖を出せ可申事、其余の罪ハ御構無之、九十已上七歳已下ハ、死罪ニても、刑ヲ不可加事、

但、罪を犯候節、未老疾ニ無之候共、事頭候節、老疾に候得ハ、老疾ヲ以、沙汰可致事、

幼少之節、罪を犯、壮年ニ至、事頭候節、幼少之例ヲ以、沙汰可致事、

廢疾之事、惣て人事ニはつれ候片輪、病人を言也、馬鹿、乱心之類も廢疾と可致事、¹⁴

布施論文においては、これが『礼記』や「唐律」、「明律」と同様である点や、「御定書」とは異なり高齢者や障害者、病人などの犯罪についても考慮している点、犯罪時未老疾条に相当する規定を設けている点などに注目され、「寛政律」に対する儒教思想の影響として指摘されている¹⁵。本条の特に幼年者や乱心者の処罰に関する部分については、すでに解説が存在する¹⁶。本条はおおむね「明律」と同様と考えてよいと思われる。ただし本条には「篤疾」の語が見られない。「明律」には存しない「廢疾」の語句説明によれば、「廢疾」と「篤疾」の区別は存在しなかったように思われる。

「文化律」の「定例」(三)「老人幼少者并片輪者御刑法捌之事」条¹⁷もまた、文言等は異なるものの、「寛政律」と同様の適用要件で、「あかなひ」によって刑を換えるという規定を採用している。

② 女性の犯罪

女性の犯罪に関する規定もまた、「寛政律」の「定例」に見られる。

婦人犯罪候事

- 一 婦人之犯罪候は鞭十五に不可過、鞭十五已上に相当候節ハ、十五鞭限にて、残る数ハ過料ニて罪を贖可申事、
- 一 婦人之鞭刑ハ襦袢之上より打可申、但姦淫之罪ハ、衣を去、直ニ打可申事、窃盜之類ハ入墨を許可申事、¹⁸

布施論文では「女は男子に比して刑罰も軽く、姦・殺・放火などの重罪でない限り十五以下の鞭に限られ、それ以上のものは贖罪し得るし、窃盜にも入墨がないから三犯でも死刑になることもない。」¹⁹と評している。本条の第一項もまた高塩氏の指摘されるように、「明律」の工樂戸及婦人犯罪条を参酌したものである²⁰。鞭十五は鞭刑追放や徒刑に併科されるものではない鞭刑の上限である²¹。女性の犯罪については鞭十五までを執行して、残数や鞭刑追放と徒刑は贖刑に換えるという趣旨であると思われる²²。

「文化律」の「定例」(一五)「女罪を犯候節擲之事」条もまた、女性の犯罪を「あかなひ」によって処理するという方法を取っているが、「但、貧困ニ而あかなひ難差出者ハ、老人幼少者あかなひ不納之箇条を以、沙汰可致事」²³という、納入困難な場合は、第四節で触れる老人幼少者の規定を準用せよとの但が新たに付加されている。

③過失殺傷

過失殺傷の規定は「寛政律」の「人命」に定められている。

怪我ニて人を殺候者

- 一 怪我ニて人を殺し、或ハ疵付候者、打擲之律ニ依て、贖を取、其者に被下置候事、
- 一 途中馬車ニて人を過候者、緩怠之事無之候は、怪我ヲ以沙汰可致事、若不慎之義於有之は、打擲之律ヲ以、刑を可加事、²⁴

〔後略〕

怪我(過失)の場合に、打擲之律(鬪毆条)に従って贖を取るという「明律」同様の条文となっている。注目すべきは「明律」刑律の車馬殺傷人条²⁵を組み入れていることであり、緩怠が無ければ前項の怪我の場合と同様としている。

「文化律」の過失殺傷の規定については「御定書」の規定からの影響が見られるが、それでもなお、「明律」由来の贖刑を用いている。「一〇〇」¹⁰「怪我ニ而人を殺或者疵付候者御仕置之事」条を確認する。

一 怪我ニ而人を殺し或者疵付候者 吟味之上あやまちに無紛、并怪我人之親類存念相尋候上、あかなひを取、其者江被下候事²⁶。

本条の「吟味之上あやまちに無紛……」なる文言から、これが「御定書」七四条の項目²⁷と対応していることは明白であるが、「御定書」の中追放ではなく、「あかなひ」を取り被害者側に給付する旨を定めているのは、「寛政律」や「明律」同様である。「あかなひ」額については、「一〇九」⁹「喧嘩打擲御仕置之事」条²⁸には、傷害の程度に応じた刑罰が規定されているので、これに従って決められたと思われる。これに加え、「一〇三」³「弓鉄炮ニ而人を殺候者御仕置之事」条や、「一〇四」⁴「牛馬ニ而人を殺或者疵付候者御仕置之事」条²⁹においても、「あやまち」や「怪我」の場合ならば、前掲の「怪我」の条文に従うべき旨が明記されている。

以上のように過失殺傷については、「御定書」の文言に準じつつも、刑罰においては「あかなひ」を採用しており、「寛政律」と同様に「明律」と同じ方法を取っていることが見て取れる。

(四) 贖刑の代替

「寛政律」における労役による贖刑の代替について布施論文では、「これを貧困で納付し得ないものには一日六十文の割で日数を計算し、それだけ銅鉛山に於て使役するし、また、老幼廢疾によつてこの夫役にも堪えないときは一年以上二年以下の入牢によつて刑を消滅させるものである。」³⁰と述べられており、『弘前市史』では「文化律」に関して、「過料を貧困等の原因で納められない場合は、三貫文までは日数三〇日の夫役に使われたのであり、三貫文以上の金高が滞つたのであれば、銅鉛山へ出されて一日の労役が六〇文の割合で労働に従事した。しかし労役に服し得ない事情の者には、一日六〇文の割合で牢居を命じられることになっていた。」³¹と説明されている。これらの制度についてより詳細に見ていくとともに、若干の考察を加えたい。

「寛政律」の「御刑法名目」条「贖刑」には贖刑の執行に関して以下の規定が存在する。

一 過料之者、若貧困ニテ上納難相成者ハ、銅鉛山へ差遣、一日六十文之積ヲ以、夫役ニ使ひ可申、若又老幼廢疾之類、夫役ニも難相成者ハ、其身牢舎之上、一年或ハ二年ニテ用捨可致事、³²

この銅鉛山での夫役とは徒刑における労役の内容である³³。すなわち過料を徒刑によって代替することになる。この代替制度については、文化元年（一八〇四）の「覚」³⁴によって三十日の納入期日や、三貫までの三十日の夫役についての規定が追加され、特に老幼廢疾者については、錢高三貫文までならば三十日の「慎」、「鞭刑三鞭之贖三貫六百文以上、鞭刑十五鞭之贖六貫文迄」は、一日あたり六十文の換算で「慎」、「鞭刑十八鞭、所払之贖拾貳貫文以上、死罪之贖四拾貳貫迄」は、重罪であるため同様の換算で牢舎と定められている。

これらの諸規定は「文化律」の「二」「贖定之事」条³⁵にも『弘前市史』の通り、改定を踏まえた形で継承されている。「文化律」では女性の犯罪で贖を納入できない場合にも、同様の扱いとされることは先に述べたとおりである。

こうした贖刑代替の規定は受刑者にとって過酷である。「寛政律」や「文化律」の規定する贖額はそれ相応に高額であり、この額を一日につき六〇文の換算で日数に換えたのなら、かなりの期間の夫役等を科すことになる。とりわけ徒刑の場合、本来の徒刑の刑期を超えてしまう。贖刑という減輕措置によって、かえって重い刑罰を科すことになりうるのである。贖を納入できない場合に労役によって代替する制度が、明代の「例贖」にも存することはこれまで述べてきたが、それは「問刑条例」によれば、徒罪ならば「照徒年限」³⁶となつている。「寛政律」や「文化律」が、こうした煩雑で不備のある規定とした理由は不明である。

老幼廢疾者についても牢舎とはいえ、長期の収監は苛酷なものとなりうる。牢屋の環境は牢死者が出るなど劣悪であった³⁷。徒刑の場合の鉞山での労役は、この後の文化八年（一八一二）により少ない日数の牢居に換えることになったから³⁸、牢舎は老幼廢疾者の特権ではなくなったはずである。これ以降にさらに老幼廢疾者が贖を納入できない場合に、何らかの配慮を加えたかどうかは不明である。

熊本藩においては老幼廢疾者の答罪で贖を支払えない者は「叱」としていたし、会津藩「刑則」では納入困難な場合には相当の優遇措置を設けていた。これらの諸藩と比べると、「寛政律」や「文化律」の老幼廢疾者に対する贖刑の執行が、いささか過酷に見えることは否めない。

(五) 小括

以上、検討したように「寛政律」は、①老幼廢疾者の犯罪、②女性の犯罪、③過失殺傷に対するもの等³⁹、「明律」に倣った贖刑規定を備えて

おり、これらは「御定書」に範を求めたとされる「文化律」においても継承されていた。また、贖刑を労役や牢舎等で代替する制度を備えていた。

こうした「寛政律」や「文化律」における贖刑制度採用に関して、荻生徂徠の『政談』の影響を指摘しておきたい。『政談』においては過料刑に対する批判と、贖刑への肯定的な見解が述べられている⁴⁰。「寛政律」制定期の弘前藩においては、『政談』が用いられていたことが知られている⁴¹。こうしたことから、「寛政律」や「文化律」における贖刑制度の採用に対して、『政談』の見解が何らかの影響を与えたことが想定できよう。

また、以下に引用する史料からは、弘前藩に対する「明律」やそれ以外の法の影響をうかがい知ることができる。すなわち「寛政律」の一写本の「老幼廢疾之事」条の箇所には「……公儀ニテ幼少者ノ刑斗ニテ、老人罪科ヲ犯候節之御刑法、相見不申候、老人幼少者ノ義ハ何レモ、同様ノ義与奉存候間、寛政ノ御例ノ通ニテ可然奉存候」⁴²という書入が見え、また「文化律」の一写本にも「公儀にハ拾五歳以下ハ御仕置一等輕申付候差別有之候得共、七拾以上ニ而も御仕置差別無之儀、異国之法并上代^者此差別有之候間、七拾以上御仕置差別有之候而も可然事」⁴³という付札を確認することができる。

これらの記述によれば弘前藩は、当該条文が幕府法とは異なる立法であることを認識していたことになる。前者の記述では老幼の減輕を「同様ノ義」と結論付けているが、その論拠は後者の記述に現れている。すなわち「明律」を含むと思われる「異国之法」や、「上代」（「養老律」の施行されていた古代の日本を指していると思われる。）を挙げ、これらにおいては高齢者の刑を減輕する制度が存在したとして、これを是とすべき旨を述べているのである。これは弘前藩が幕府法とは異なる立法を行う際に、「明律」のみならず、古代日本の制度もまた正当化の論拠として用いたことを示す。「老幼廢疾之事」条が贖刑を規定していることは先に確認したが、「寛政律」や「文化律」における贖刑導入には、こうした「明律」以外の諸制度も考慮されたと考えられるのである⁴⁴。

「寛政律」や「文化律」は、不備を抱えつつも、「明律」や他の律を参照して贖刑制度を構築していたと言えるよう。

¹ 弘前藩の刑事法についての研究として、弘前市史編纂委員会編『弘前市史』藩政編（弘前市、一九六三年）二六九頁以下「司法」、「新編弘前市史」編纂委員会編『新編弘前市史』通史編2（近世1）（弘前市企画部企画課、二〇〇二年）六二八頁以下「司法制度の整備と変遷」、黒瀧十二郎『津軽藩の犯罪と刑罰』（北方新社、一九八四年）、同『日本近世の法と民衆』（高科書店、一九九四年）を参照した。

² 「寛政律」を扱った研究として、小早川論文(五一～五五頁)、布施弥平治「津軽藩の刑法牒について」(『日本法学』第二二卷第二号、一九五五年、以下、布施論文)、蝦名庸一「弘前藩御刑法牒(寛政律)」(『弘前大学国史研究』一五・一六合併号、一九五九年、以下、蝦名「寛政律」)、橋本久「弘前藩解題」(『藩法史料集成』)を参照した。

また、弘前市立弘前図書館「おくゆかしき津軽の古典籍」に、千葉一大氏による「寛政律」および「文化律」(御刑法牒)の解題がある。以下のURLより法典の名称を入力して検索されたい。また『新編弘前市史』も同サイトによる。

<https://trc-adeac.trc.co.jp/WJ11C0/WJJS02U/0220205100>

「寛政律」の翻刻としては、『藩法史料集成』所収の「京大本」を参照し、橋本久「弘前藩の刑法典(六)―寛政律―」(『法学論集』第一四号、一九八六年)一八九頁以下の補訂によって修正を施した。「寛政律」、「文化律」、また「安永律」の諸写本は、橋本久氏によって「弘前藩の刑法典」の表題で大阪経済法科大学『法学論集』第六号～第四二号に連載されている。

このほか「寛政律」を含む明律系藩法を取り上げた研究としては以下のものがある。利光三津夫「名例律八虐六議条について」(利光三津夫『律令制の研究』慶應通信、一九八一年)は、「海南律例」(土佐藩)・「国律」・「御刑法牒」(寛政律)を対象とする(二六七頁以下)。林由紀子「尊長殺傷重罰規定から見た江戸時代の嫁と舅姑―唐・明律との比較において―」(『法制史研究』第四二号、一九九二年)は、「国律」・「御刑法草書」・「新律」・「寛政律」を対象とする(四六頁以下)。

³ 「寛政律」と「文化律」の成立過程については、黒瀧『日本近世の法と民衆』一三五～一四一、一六〇～一六六頁参照。「寛政律」や「文化律」の研究史については、同書・一三三・一三四頁や、『藩法史料集成』橋本解題・一～三頁と、前掲「弘前藩の刑法典(六)」一八九頁を参照。

⁴ 「寛政律」の贖刑規定について指摘した研究としては布施論文が最も古く、以上の諸制度について論じる(三八・三九、四九・五〇、五五頁)。

⁵ 『藩法史料集成』六～八頁。また、布施論文・三四～三七頁参照。

⁶ 『藩法史料集成』八頁。

⁷ 同右。

⁸ こうした主刑としての「過料」については、黒瀧『津軽藩の犯罪と刑罰』一二八～一三〇頁参照。また、連坐によっても過料は科せられて

いる（布施論文・五二頁、『弘前市史』藩政編・二七六頁参照）。

⁹ 『藩法史料集成』七頁。

¹⁰ 布施論文・三四・三五頁参照。蝦名「寛政律」三七頁註（二）、橋本「弘前藩の刑法典（二）」一四三頁、黒瀧『日本近世の法と民衆』一六一・一六二頁に当該追加法が引用されている。

¹¹ 『藩法史料集成』六、八頁。

¹² 橋本久「弘前藩の刑法典（十八）——文化律——」（『法学論集』第三二号、一九九四年）一四二・一四三頁。

¹³ 前掲「弘前藩の刑法典（十八）」一四三頁。

¹⁴ 『藩法史料集成』九頁。

¹⁵ 布施論文・三八・三九、四九・五〇頁参照。蝦名「寛政律」三八頁註（五）では、幼年者の処罰について、贖刑（過料）としている点が幕府法よりゆるやかであるとしている。また、『弘前市史』藩政編・二七六頁、黒瀧『津軽藩の犯罪と刑罰』七九〜八二頁、『新編弘前市史』通史編2・六五〇頁参照。なお、黒瀧同書・八一頁には、老幼年者に贖刑が適用された事例が紹介されている。このほか、第一章注（6）大竹論文・一八六・一八七頁、柴田『日本幼児史』六四頁に言及が見られる。小早川論文・五四・五五頁では「明律」の参照例として当該条文が示されている。

¹⁶ 第一章注（6）古城『米沢藩刑法』四〇四、四二二頁参照。

¹⁷ 前掲「弘前藩の刑法典（十八）」一四三・一四四頁。「文化律」の同条についても、古城『米沢藩刑法』四〇五、四二三頁参照。

¹⁸ 『藩法史料集成』一〇頁。

¹⁹ 布施論文・五五頁。蝦名「寛政律」三八・三九頁註（九）にも同様の指摘がある。

²⁰ 第二章注（4）高塩「熊本藩刑法の一斑——答刑について——」八七頁参照。

²¹ 弘前藩の鞭刑については、高塩博「江戸時代の答打ち刑について——幕府の「敲」と弘前藩の「鞭刑」——」（高塩博『江戸幕府の「敲」と人足寄場——社会復帰をめざす刑事政策——』汲古書院、二〇一九年）一八七頁以下参照。

²² 黒瀧『津軽藩の犯罪と刑罰』一一四・一一五頁、同『日本近世の法と民衆』一五五頁では、弘前藩の史料である「国日記」文化二年（一八

〇五）九月六日条より本条の適用例が挙げられている。

- 23 前掲「弘前藩の刑法典（十八）」一四七頁。
- 24 『藩法史料集成』一三・一四頁。本条には、この第一・二箇条のほかに、戯殺・誤殺を規定した他三箇条が存在する。
- 25 『明律国字解』四〇三頁。第二章注（26）中村『清代刑法研究』六三〜六五頁参照。
- 26 前掲「弘前藩の刑法典（十八）」一七九頁。
- 27 第二章注（29）『徳川禁令考 別巻』一一四頁。「御定書」の過失規定については、石塚英夫「徳川幕府刑法における過失犯」（『法政研究』第二七卷第二・三・四号、一九六一年）参照。
- 28 前掲「弘前藩の刑法典（十八）」一八一・一八二頁。
- 29 前掲「弘前藩の刑法典（十八）」一七九・一八〇頁。
- 30 布施論文・三九頁。
- 31 『弘前市史』藩政編・二八八頁。また、黒瀧『津軽藩の犯罪と刑罰』八八・八九頁、『新編弘前市史』通史編2・六五五・六五六頁においても同様の説明がなされている。
- 32 『藩法史料集成』八頁。
- 33 「但、徒刑之者ハ、銅鉛山江差遣、鞭刑之上、年限之通苦使可致事、」（同右）。長谷川成一『弘前藩』（吉川弘文館、二〇〇四年）一三七頁参照。
- 34 『藩法史料集成』三五頁。
- 35 前掲「弘前藩の刑法典（十八）」一四二・一四三頁。
- 36 第二章第三節（2）⑦参照
- 37 黒瀧『日本近世の法と民衆』五〇・五一頁参照。「文化律」のある写本には「苦使為牢居」という付札も見える（橋本久「弘前藩の刑法典（十九）——文化律——」『法学論集』第三三号、一九九四年、一四二頁）。
- 38 蝦名「寛政律」三八頁註（三）、『弘前市史』藩政編・二八六頁、黒瀧『日本近世の法と民衆』六四、一六二・一六三頁、『新編弘前市史』通史編2・六五三頁参照。
- 39 橋本解題・九頁によれば、誣告条に対応する「不実之事越訴状致候者」条（『藩法史料集成』二四頁）が「寛政律」に見られるが、贖刑や

過料刑には換えていない。

⁴⁰ 第一章注(19) 参照。

⁴¹ 寛政改革の意見書である毛内宜応の「存寄書」には『政談』からの引用が見られる(『新編弘前市史』通史編2(近世1) 五〇八頁、通史編3(近世2) 六〇八頁参照)。また、八代藩主の津軽信明は『政談』を自ら筆写していた(通史編3・五七九頁参照)。

⁴² 前掲「弘前藩の刑法典(六)」一六六頁。なお、第一章注(6) 大竹論文・一八七頁では、幕府法が高齢者を特別扱いしなかったことを示す史料として引用されている。

⁴³ 前掲「弘前藩の刑法典(十九)」一四三頁。

⁴⁴ 「寛政律」と大宝養老律との関係については、前掲注(2) 利光論文・一七五・一七六頁参照。このほか「文化律」の運用においては、「清律」も利用されたことが指摘されている(黒瀧『日本近世の法と民衆』一八三頁以下参照)。

五 新発田藩「新律」

(一) 「新律」の概要

新発田藩の「新律」¹は、八代藩主の溝口直養により天明四年(一七八四)に制定された刑法典である。²「新律」の編纂にあたっては、藩主自ら「公事方御定書」や「明律」、「唐律」の研究を行っていたことが知られており³、荻生北溪の『享保刊行明律』(『官准刊行明律』)や、荻生徂徠の『明律国字解』が参照されたと考えられている⁴。

「新律」については「明律」のほか「公事方御定書」の影響もまた指摘されており⁵、「明律」と「御定書」との折衷型の刑法典という評価が与えられている。⁶しかしながら、「唐律」に基づく条文や⁷、新発田藩の在地の法令の影響もまた指摘されている⁸。

(二) 「新律」の刑罰と「過料」

「新律」は『藩法史料集成』所収の「京大本」⁹によれば、律目録・新律御仕置之名目・新律・新律取扱之覚という編成を採用している。

「新律御仕置之名目」¹⁰においては、追込日数(五日・七日・十日・十五日)四段、戸ペ日数(十日・十五日・二十日・二十五日)四段、手

鎖日数（七日・十日・十五日・二十日）四段、毆数（三十・五十・七十・百）四段、追放（一組払・三組払・御領分払・永代御領分払）四段、永牢・死刑（死罪・斬罪・獄門）三段からなる「べ刑法七条二十四等」の刑罰が示されている。

「名目」の「毆数」は「杖罪」のことであり、後述の過料と併料される場合もある¹¹。また「御領分払」については追放刑制限のため、寛政一二年（一八〇〇）に「徒罪規定書」が制定され、一年杖六十・一年半杖七十・二年杖八十・三年杖百の五等からなる「徒罪」に換えて執行されることになった¹²。

「新律御仕置之名目」には、この「刑法七条二十四等」とは別に「過料」が設けられている。その内訳は、「輕過料」（壹貫文・二貫文・三貫文）、「中過料」（五貫文・七貫文）、「重過料」（八貫文・十貫文）となっている¹³。

「過料」の徴収にあたっては、「新律取扱之覚」に、「過料之義輕中重三等之内七段に相分居候に付、過料相当之者之身分に應し、輕過料と有之候ても、三貫文にて宜敷も可有之、壹貫文にて宜敷も可有之に付、其者身元糺之上數量相定可申付候事、」¹⁴と述べられており、犯罪者の身分に応じて金額が上下する。

納入期限については同じく「新律取扱之覚」に、「過料錢取立候日限ハ、其員数により三日方五日迄之間に取立可申候、尤遠組往返之日積致可申付事、」¹⁵とあり、金額に応じて三日より五日までとされている。また、「手鎖過料戸べ等可申付輕惡事有之者、吟味之内六十日以上入牢致居候ものハ、出牢之節右咎可申付候得共、日数入牢いたし候付、御免之段申渡別に不及咎、……」¹⁶とあり、六〇日以上入牢した者の過料は免除されている。

「新律」における財産刑は付加刑¹⁷を除き、この「過料」のみであり、「贖刑」という名称の財産刑は存在しない。この「過料」は、各則にあたる部分を確認するならば、直接適用される条文が多く見受けられ、基本的には主刑として科されている。これは「過料」の額が他の刑罰と対応していない点からも明らかである。「過料」の金額もまた「重過料」の十貫文を最高額とするなど、「刑法草書」や「刑則」、「寛政律」、「文化律」等の他の明律系藩法の贖額よりも低額であり、むしろ重過料として十貫文を規定する幕府の「御定書」の過料刑と同額である。

このように、「新律」の「過料」は基本的に主刑として適用され、かつ、その金額が低額であるという点において、「唐律」や「明律」といった中国律における贖刑よりも、「御定書」の過料刑の影響が大であるように思われる。しかしながら、「過料」は主刑として科される場合以外にも、律において贖刑が科される事例に適用される場合も見受けられるのである。以下、そうした贖刑の代わりに過料が科される「新律」の規定について検討を行いたい。

(三) 贖刑としての過料刑

「唐律」や「明律」において収贖の対象となるもののうち、「新律」において「過料」が適用されるのは、①高齢者・幼年者・障害者の犯罪と、②過失殺傷の場合だけである¹⁸⁾。

① 高齢者・幼年者・障害者の犯罪

老小廢疾収贖条に相当する条文は、「新律取扱之覺」に定められており、高齢者・幼年者・心身障害者が罪を犯した場合について、その刑罰を減免している。「過料」の対象となる場合だけを引用すると以下の通りである。

一年七十以上之男、六十以上之女、十一以上十五以下之者、并片輪等にて一人立之渡世成かたき者ハ、御料分払以下之罪を犯候節ハ、御追放不申付、軽重之過料可申付、八十以上八歳以上十歳以下之者、并片輪等にて一切渡世不相成ものとハ、吟味之上、逆罪又ハ人殺に相違無之、其向方御仕置付伺出候共、猶出席評義申付候上相伺可申候、尤盜致候と人に疵付候ハ、罪状軽重之無差別、一同相当之過料申付、右之外輕犯罪有之候共、御答方に不及事、
附、幼少并一切渡世難成ものと云へとも、父母を毆候者ハ御用捨難成ものに付、相糺之上相伺可申事、¹⁹⁾

本条の幼年者の処罰に関する部分についてはすでに解説が存在する²⁰⁾。男女で高齢者の年齢要件を分けている点を除き、「唐律」や「明律」と同様の構成を取っており、収贖の代わりに「軽重之過料」を科している。

② 過失殺傷

戲殺誤殺過失殺傷人条を受けた過失殺傷の規定は、それぞれ「鬪毆」と「人命」の中に分散して以下のように規定されている²¹⁾。

一 過失にて人に疵付候もの 輕過料、疵付られ候人江渡、疵重中過料 (鬪毆) ²²⁾

- 一 過失にて人を殺候もの 杖五十中過料、過料ハ死者之家江渡、若過料出兼候身分之ものに候者杖七十 (人命) ²³
- 一 過失にて疵付其疵にて相手死候もの 過失殺に同断 (人命) ²⁴

幕府の「御定書」では傷の程度に関わらず銀一枚であるから²⁵、傷の程度に応じて過料額を上下させるのは「新律」の特徴と言え、傷の程度に応じた刑罰を贖刑に換える中国律の影響がうかがわれる。過失殺の場合においては杖五十と中過料が併科されるが、こうした杖刑と過料(贖)の併科は他に例が見られないものである。過料を納入できない身分の者には、過料に代えて杖二十を加えて杖七十を科すとしている。「過料」が被害者や被害者の家に給付されることもまた、中国律の影響と考えられる。

このほか「新律取扱之覚」には、「明律」の犯罪存留養親条や婦人犯罪条と対応する条文も認めることができる²⁶。しかしながら「明律」とは異なり「新律」は、これらの条文において過料(贖)を用いることを明記していない。前者では老年者の子や孫の追放について「伺之上御追放ハ不申付、外に御仕置付取斗可申事、」²⁷としており、後者では女性が追放に当たる罪を犯したとしても「一人立候てハ御追放見合可申事、」²⁸とだけ規定する。また、「徒罪規定書」には女性の収容に関する規定が存在するため、女性にも徒罪を科したものと思われる²⁹。

(四) 小括

「新律」には「贖」という名称の財産刑は存在しないものの、「過料」を「唐律」や「明律」の贖刑と同様に用いる場合が見られた。すなわち、①高齢者・幼年者・心身障害者の犯罪の場合は、実刑の代わりに過料を徴収しており、②過失殺傷の場合についても、過料を徴収して被害者側へ給付している。

このように「新律」は基本的には過料刑を採用しつつも、一部でそれを贖刑としても用いているのである。新発田藩の「過料」刑制度は、主刑である過料刑と贖刑の折衷として評価できると思われる。

¹ 「新律」に関して、小早川論文・五五〜五九頁、小村式編『大郷村誌』(大郷村誌編纂委員会、一九五六年)一〇二〜一〇四頁、藤井重雄「唐明律と藩法との関係について——新発田藩に於ける——」(『新潟大学教育学部紀要』第七卷第一号、人文・社会科学編、一九六五年)、同

- 「異学の禁について——新発田藩に於ける——」（同・第五卷第一号、一九六三年）一二七頁以下、小林式「新発田藩法令史覚書」（新発田市史編纂委員会編『新発田藩史料』第三卷、藩政篇（『新発田市史資料』第三卷）新発田市史刊行事務局、一九六六年。国書刊行会、一九八八年復刊）、林紀昭「新発田藩解題」（『藩法史料集成』）を参照。
- 2 藤井「唐明律と藩法との関係について」六一頁参照。
- 3 同・六一〜六四頁参照。
- 4 同・六三頁参照。
- 5 小早川論文・五六頁、『藩法史料集成』林解題・四二〜四四頁参照。
- 6 藩法の分類については、第一章注（2）参照。
- 7 藤井「唐明律と藩法との関係について」六六頁参照。また「新律」と「唐律」との関係について、第四章注（2）林論文・五六・五七頁参照。
- 8 林解題・四二〜四四頁参照。
- 9 「新律」は『藩法史料集成』所収の「京大本」による。他の翻刻については林解題・三〇頁参照。
- 10 『藩法史料集成』一六〇頁。
- 11 第二章注（4）高塩「熊本藩刑法の一斑——笞刑について——」七九・八〇頁参照。
- 12 『藩法史料集成』一八一・一八二頁。新発田藩の「徒罪」については、林解題・四四頁以下参照。
- 13 『藩法史料集成』一六〇頁。
- 14 『藩法史料集成』一七八頁。
- 15 同右。
- 16 同右。
- 17 追放刑には田畑家屋敷や家財の没収が付加されている（『藩法史料集成』一七七頁）。
- 18 これら「新律」の条文と「明律」との対応関係については、小早川論文・五六・五七頁、藤井「唐明律と藩法との関係について」六五頁以下参照。林解題・四四頁も過失・責任能力に「明律」を利用してしているとす。

¹9 『藩法史料集成』一七八頁。

²0 第一章注(6) 古城『米沢藩刑法』四二一頁参照。『大郷村誌』一〇三頁、藤井「唐明律と藩法との関係について」六六頁も「新律」の責
任能力規定について触れる。小早川論文・五六・五七頁では「明律」の参照例として当該条文が示されている。

²1 「過失殺」の定義については「人命」の最後に規定されている(『藩法史料集成』一七四・一七五頁)。この「過失殺」の解釈には『明律国
字解』の影響が指摘されている(藤井「唐明律と藩法との関係について」六三頁参照)。

²2 『藩法史料集成』一七一頁。

²3 『藩法史料集成』一七四頁。

²4 同右。

²5 第二章注(29) 参照。

²6 藤井「唐明律と藩法との関係について」六五頁参照。

²7 『藩法史料集成』一七九頁。

²8 同右。

²9 前掲注(12)、第三章注(2) 高塩「会津藩「刑則」とその刑罰」七一頁参照。

六 和歌山藩「国律」

(一) 「国律」の概要

和歌山藩の「国律」¹は、享和期以降(一八〇一)の制定と考えられている明律系藩法であり²、追加法典には後年に制定された「国律補助」と「刑法細則」が存在する³。「国律」には「明律」のほかにも「公事方御定書」に依拠した条文が確認されており⁴、こうした点から「国律」を
純粋な明律系藩法ではなく、「御定書」との「折衷型」(混合型)に位置付ける見解も存在する⁵。

(二)「国律」の「贖刑」

「国律」の名例律の冒頭には、「官刑七等」、「放刑八等」、「死刑五等」と並んで、以下のように「贖刑九等」が定められている。

一 贖刑九等 過料なり

銀壹枚

金貳歩

同壹歩

錢壹貫文

同七百文

同五百文

同三百文

同貳百文

同百文。

この「贖刑九等」については、前掲の「刑法草案」に関する八重津論文において、「この場合、本来の贖刑ではなく「過料ナリ」と註されているように一種の罰金刑である」⁷と指摘されている。八重津氏は中国法史上における「贖刑」と「贖罪」との区別について論じられており、「贖刑」について以下のように定義される。

「贖刑」とは、犯罪人の身分や能力などが一定の要件を具備するとき、その犯罪行為に対して本来科せらるべき（たとえば生命刑や自由刑の如き）刑罰を、金品を出すことによつてあがなわしめる——すなわちそのような刑罰が実際に科せられることを免れしめる——という措置である。したがつて犯罪そのものをあがなう「贖罪」（＝罰金刑）とは明確に区別されなければならない。すなわち、両者とも金品を出さしめて犯罪人の責任を問うことには変りがないが、そのあがなう対象の相異に着目して両者を区別するのである。⁹

そして、「贖刑」は「五刑」をあがなうものされる¹⁰。以上の八重津氏の定義によれば、「国律」の「贖刑」を含め、「御定書」の「過料」や、本編で検討してきた諸藩の過料刑は、「贖罪」（＝罰金刑）に分類されるものと考えられるのである。「国律」の「贖刑」が、換刑である贖刑ではなく、罰金刑である過料刑であることは、先の「贖刑九等」の規定が示すように、「贖刑九等」がそれ以外の刑罰と対応していないという点から明らかである。

そして、各則においても「明律」に準じた贖刑適用を想定した規定を見出すことはできない。一例として、名例律「老幼篤疾者宥刑」条を確認すると、「三赦の内ニある通りにて七十以上十五以下八十悪等の罪を犯すハ格別、其余ハ二等も二等も軽く咎むへし、……」¹¹と規定されている。こうした老幼年者等は、本編でこれまで検討してきた他の明律系藩法においては、必ず贖刑あるいは過料刑の対象とされていた。しかし「国律」は老幼廢疾者の罪を減輕するという場合においても、贖刑や過料刑という方法を採用していないのである。これは「怪我」による殺傷の場合においても同様であり、贖刑や過料刑ではなく追放刑を科している¹²。

追加法典である「国律補助」や「刑法細則」等を確認しても、「明律」において収贖とされていた犯罪に対して財産刑を科すという規定を見出すことはできない。「国律」の各則の条文を確認しても、他の刑罰を換えるものではなく、「過料」という名称で主刑として科されることが確認できる¹³。このように「国律」が贖刑制度を採用していなかったことは明白である。

(三) 幕府の過料刑との関係

なお、小早川論文において、幕府の過料刑と贖刑との関係に関して、「国律」の記述に言及があるので、ここで触れておきたい。同論文では、幕府の過料刑が「明律」の「贖銅制」に示唆を受けて採用された刑罰であるという説を論証する過程で、以下のように「国律」の記述を援用しているのである。

此処に此の傍証となり得る一は後述する和歌山藩国律の人命律中に「喧嘩其外ニ而人ニ疵附者公裁ニ而ハ療治代銀壹枚為出候御定ニ有之候得共、右ニ而ハ富者懲申間敷候付、旧例之通ニ而可然奉存候、尤公裁モ律より出候儀ニ御座候。」と述べてある事である。此の「律」は後考する様に、明白に明律を指称したから、当時に在りては幕府法上の過料刑の採用は明律の影響であると、一部に於て、考へられてゐた事

を判然とせしむる。14

これに引用されている「国律」の記述（傍線部、筆者による。）は、人命律の「御扶持人等口論又は酒狂ニて人に傷ケ候者 御扶持放シ又ハ御城下追放 但御日柄を不弁及刃傷候得は十里外追放」¹⁵という条文に朱書で付されているものである。

思うにこの「国律」の記述は過料刑に関するものではない。小早川論文には「国律」に現れる「公裁」の語は「公事方御定書」を意味するとの指摘があり¹⁶、この「国律」の記述が、「御定書」に規定された制度を指しているとの推察は妥当なものであると思われる。しかしながら、この「公裁」の内容から察するに、これは「御定書」における、単純な傷害事件の場合に「療治代」として銀一枚を差し出させる制度¹⁷のことを指しているものと考えられる。

「御定書」の療治代の制度については、「明律」の過失殺傷の場合の収贖や、致死事件における「埋葬銀」の制度¹⁸との関連を指摘することもできよう¹⁹。この「国律」の記述の執筆者は、こうした「明律」の損害賠償規定と「御定書」の療治代制度との関係について述べているのではないかと思われる。しかし、これは損害賠償であつて、罰金刑である過料刑とは別のものであると思われる。「御定書」の当該規定にも「過料」という語は用いられていない。少なくともこの「国律」の記述を、幕府の過料刑に対する「明律」の影響を肯定する傍証として用いることはできないのである。

また、傍線部の記述で注目すべきは、療治代の制度への反対理由が述べられている点である。すなわち「富者者懲申問敷候」として、富者に対する予防効果の不足という観点から、本条の罪に療治代の制度を適用することに反対しているのである。こうした不公平性の観点から財産刑に反対する見解は他にも見られた。すなわち、和歌山藩の儒学者の榊原篁洲（一六五六―一七〇六）は明律注釈書の『大明律例諺解』において、贖刑が貧富によって平等に作用しない点を指摘していた²⁰。そして、こうした篁洲の贖刑に対する態度は、幕府における贖刑の不採用にも影響を与えたとされる²¹。この「国律」の記述が篁洲の意見に由来するのかは分からないが、こうした財産刑に対する態度は、「国律」の贖刑不採用にも何らかの影響を与えたかもしれない。

(四) 小括

このように「国律」は名例律に「贖刑」という刑罰を有するものの、それは主刑として科される過料刑であり、新発田藩の「新律」のように、

律において贖刑が科される場合に過料を科すこともなかった。武藤和夫氏は「国律」の構成については「唐律」や「明律」と類似しているとしつつも²²、刑罰については「紀州領の国律に定めるような鋸挽・磔・獄門・火罪・斬罪・梟首・切腹・入墨・剃髮刑・改易追放・差控・閉門・闕所・過料・呵など多数の刑の種類は、中国の律には見られないもので、純日本的なものが多く、それらは従前から紀州領で採用していたものもあるが、……幕府刑法から学んだものも多いのである。」²³と論じられる。「国律」は財産刑においても中国律の贖刑ではなく、日本固有の過料刑を採用したのである。

「国律」については、笞杖刑や徒刑の不採用もまた指摘されており、その一般予防主義的性格の強さが指摘されている²⁴。贖刑の不存在もまた、こうした「国律」の性格に由来するものであるかは不明であるが、明律系藩法として特異な法典であることは確かである。

¹ 「国律」に関して、小早川論文・三九〇～五一頁、堀内信編『南紀徳川史』巻之百七十（第十七冊、南紀徳川史刊行会、一九三三年）一〇三～一〇四二頁、武藤和夫「三重県における紀州領の刑法」（一）（二）（『三重法経』第一六号・第一七号、一九六五年・一九六六年）、辻本弘明「和歌山藩解題」（『藩法史料集成』）、安竹貴彦「紀州藩の生命刑と牢番頭——「国律」成立以前を中心に——」（『部落問題研究』二〇一～二〇二頁）参照。

「国律」の翻刻には、手塚豊「和歌山藩国律——村田本——」（第三章注（1）『明治刑法史の研究（中）』、初出『法学研究』第二六巻第六号、一九五三年）における「村田本」と、『藩法史料集成』所収の「京大三浦本」が存在する。

² 小早川論文・三九〇～四二二頁参照。また、『藩法史料集成』の辻本解題では、寛政二年（一七九〇）に接近した時期としている（六五・六六頁参照）。

³ 前掲『南紀徳川史』巻之百七十所収。

⁴ 小早川論文・四四・四五頁参照。

⁵ 手塚豊「明治初年の和歌山藩刑法——「徒刑之法」および「刑法内則」を中心として——」（『明治刑法史の研究（中）』、初出『法学研究』第二五巻第三号、一九五二年）一一九頁、同書所収前掲「会津藩「刑則」考」二八九頁（5）参照。また、第一章注（2）参照。

⁶ 『藩法史料集成』二四四頁。

⁷ 第二章注（19）八重津論文・七八頁。

- 8 八重津洋平「漢代贖刑考」(『法と政治』第一〇卷第四号、一九六四年)二六〇頁参照。
- 9 前掲「魏晋南北朝の贖刑制度」二七頁。
- 10 同・二八頁参照。
- 11 『藩法史料集成』二四五頁。また、第一章注(6)古城『米沢藩刑法』四一九・四二〇頁参照。
- 12 『藩法史料集成』二六五頁。
- 13 武藤前掲論文(一)においては、「贖刑九等」の規定にも触れるが「過料」として説明を行っており、各則中の「過料」を科す条文を示している(二〇一頁参照)。
- 14 小早川論文・三二頁。
- 15 『藩法史料集成』二六七頁。
- 16 小早川論文・四四頁参照。
- 17 第二章注(29)(30)参照。
- 18 内田智雄「焼埋銀と埋葬銀——元、明、清刑罰史の一側面——」(『同志社法学』第三九卷第三・四号、一九八七年)一六頁以下参照。
- 19 高塩博「「公事方御定書」の法体系と律令法——徳川吉宗に焦点を当てつつ——」(第一章注(4)高塩『江戸幕府法の基礎的研究』論考篇)、初出『国史学』第二二六号、二〇一五年)では、「明律」に淵源を求めることができる「御定書」の規定として、「被害者救済のために加害者に医療費を拠出させる規定」が挙げられている(三九八頁)。
- 20 小林過料刑論文・七二頁参照。
- 21 同・八四頁参照。
- 22 武藤前掲論文(二)三六頁参照。
- 23 同・三七頁。
- 24 安竹前掲論文・六五〇六七、八〇・八一頁参照。

七 おわりに

(1) 明律系藩法における贖刑制度の概観

本論においては今日知られている五つの明律系藩法を取り上げ、その贖刑規定について網羅的に検討を行った。本論において確認した事実を改めて明律系藩法ごとに整理しておきたい。

(1) 熊本藩「刑法草書」は、「明律」を中心に、他の律の要素も取り入れ、相当程度体系的かつ精緻な贖刑制度を備えていた。「刑法草書」は制定当初のものから草案をも含め、一貫して贖刑制度を有していたが、宝暦十一年施行の「刑法草書」を例にすれば、その対象は武士等の犯罪、高齢者・幼年者の犯罪、過失殺傷の場合の収贖であった。「刑法草書」の贖刑制度において特筆すべきは、制定後、後年に至っても実情に合わせ「例」という形で、適用対象の拡張といった修正や改善を図っていた点である。その「例」により追加された制度としては、贖を納入できない場合に労役により代替する制度が存した。

(2) 会津藩の「刑則」は、高齢者・幼年者・障害者等の犯罪に贖刑を適用するほかに、「願」によって一部の笞杖刑と徒刑にも贖刑の適用を許していた。後者の場合においては、贖を納入できない際は、そのまま実刑が執行されるのではあるが、高齢者等の場合については贖の納入が困難であっても実刑を科さないなど配慮が見られた。

(3) 弘前藩の「寛政律」は、高齢者・幼年者・障害者等の犯罪、女性の犯罪、過失殺傷の場合に贖刑を認めていた。これらは「文化律」においても同様であった。また、贖を納入できない場合に、労役によって代替する制度を備えていた。

(4) 新発田藩の「新律」は、「贖刑」という名称の刑罰を有していない。しかしながら、「過料」刑を高齢者・幼年者・障害者等の犯罪や、過失殺傷の場合に適用するなど、贖刑的に運用することを想定していた。

(5) 和歌山藩の「国律」は、「贖刑」という名称の刑罰を定めながら、その実態は過料刑であり、贖刑制度を設けていなかった。

このように五つの明律系藩法のうち、和歌山藩の「国律」を除いた四つの藩法が、贖刑あるいは、贖刑的な刑罰制度を有していることを指摘できるであろう。上記の点については、先行研究で個別に知られていた制度も少なくないのではあるが、本論においては「贖刑制度」という観点で整理するとともに、明代贖刑制度との比較や、過料刑との区別、明律注釈書との関係といった論点から新たに考察を試みた。

明代贖刑制度との比較という点では、これらの明律系藩法は、高齢者・幼年者・障害者等の犯罪や、過失殺傷の場合のものなど、「律贖」にあ

たるものから多くを取り入れているということが指摘できる。転じて「例贖」については、会津藩「刑則」の「願」による贖刑にはこの影響が見受けられるが、基本的には導入されていない。もつとも労役によって贖刑を代替する制度は熊本藩や会津藩、弘前藩等の複数の藩に存在しており、贖刑の労役による代替という点については、「做工」等の「例贖」上の制度の影響が疑われるのである。

次に過料刑と贖刑との関係について整理しておきたい。「過料」という名称の刑罰は、いずれの藩においても設けられていた。もつともその性格や、贖刑との関係は藩ごとに異なっていた。熊本藩は法典においては過料刑を設けていなかったが、町方・郡方では過料刑を科していた。しかしながら、この両者は運用において明確に区別されていた。会津藩もまた法典においては過料刑を設けていなかったが、追加の法令により過料刑を科していた。弘前藩では法典上においても贖刑と過料刑が併存しており、贖刑もまた過料と呼ばれていた。そして新発田藩では法典に過料刑のみを設けていたのであるが、これを贖刑的に適用する場合があった。和歌山藩では「贖刑」という名称の過料刑のみを設けていた。

主刑として科される過料刑は、和歌山藩「国律」の「贖刑」について八重津洋平氏が指摘していたように、換刑である贖刑とは異なり罰金刑にあたるもので、日本固有の財産刑とみられている²⁾。これは後掲の小林宏氏の指摘によれば、幕府法上の過料刑においても然りである。明律系藩法を制定した諸藩は、こうした日本固有の財産刑と中国法由来の贖刑とを併存させているのである。

明律系藩法に及ぼした影響がとくに指摘されている、近世日本で編纂された明律注釈書との関係を述べるならば、荻生北溪の『官准刊行明律』等に載せられている贖刑表に做ったと思われる表が、熊本藩の「刑法草案」の第一次草案や会津藩の「刑則」に存したことや、両藩の法典以外の史料において贖刑に関わる条例が『大明律例訳義』から引用されている点などは、これら明律注釈書の影響の一例と考えられよう。

加えて荻生徂徠の『明律国字解』や、高瀬学山の『大明律例訳義』は、いずれも明代贖刑について正確な記述を載せる注釈書であり、特に『訳義』には学山による贖刑を肯定する論が載せられていた。熊本藩や会津藩については『大明律例訳義』を参照したことが明白となっているが、こうした諸藩が刑法典を制定するにあたって、『訳義』等に載せられた贖刑論を参照し、自藩の法典に贖刑制度を導入したことが考えられるのである。

明律系藩法の贖刑制度は、これを取り入れたものにおいては、母法たる明代贖刑制度を取捨選択の上で、あるいは固有の財産刑である過料刑との折衷により立法していた。従来、明律系藩法の刑罰制度としては、徒刑制度や笞杖刑が注目されてきたのであるが、贖刑制度もまた、明律系藩法を特徴づける刑罰制度として認識されなくてはならないであろう。

(2) 贖刑導入の背景と目的

最後に、多くの明律系藩法が贖刑制度を導入した背景や目的、そして意義について述べたいと思う。

明律系藩法が贖刑制度を導入した背景は、第一に「明律」が贖刑制度を備えていたからに他ならない。しかしながら、本編で確認したように、少なくとも藩が藩法典の制定に当たって、「清律」や「唐律」、また、日本の「養老律」等をも参照していた。これら日中の律もまた贖刑制度を備えているのであり、贖刑制度の導入についても「明律」以外の律の影響が想定できるのである。また、実刑を過料刑によって代替したり、あるいは過料を支払えない場合に労役等のその他の刑罰を科したりする制度は、複数の藩において明律系藩法の制定以前にも見られた。贖刑制度の導入以前にも、こうした贖刑に類似した制度が存在したこともまた、贖刑制度導入の背景に存したと思われるのである。

続いて、より直接的な贖刑制度導入の要因について考えてみたい。贖刑が財産刑である以上、金銭の徴収自体を目的としていたことが考えられる³⁾。多くの明律系藩法は藩政改革に伴い制定されているが、その藩政改革の主目的は藩財政の立て直しにあったとされている⁴⁾。そうであるならば、明律系藩法における贖刑制度導入の目的にも、財政目的が存したことが想像できるのである。しかしながら、明律系藩法の贖刑制度は基本的に「律贖」にあたるものの中でも、老幼廢疾者に対するものや、過失殺傷の場合に限られていた。したがって、贖刑導入の目的に財政目的があったにせよ、それは主目的ではなく⁵⁾、高齢者や幼年者、障害者等の犯罪や、過失殺傷の場合における刑の減輕に目的があったと思われるのである⁶⁾。

(3) 贖刑導入の意義

多くの明律系藩法とは異なり贖刑を導入することのなかった幕府と比較するとき、明律系藩法の贖刑導入の意義が現れる。古くは小早川欣吾氏、近年では小林宏氏らによって、徳川吉宗が中国法上の贖刑制度に影響を受け、過料刑を採用したとする見解が唱えられている⁷⁾。しかしながら、幕府の過料刑の法的性質は贖刑とは異なるものであった。

この点に関して小林氏は、「幕府の過料刑は、その後の「公事方御定書」によると、唐明律の贖の如く蔭や官品を有する特別な身分の者の犯罪、老小不具者の犯罪、過失殺傷罪等に対し、その実刑の執行に換えて用いられるものではなく、それは比較的軽微な犯罪や行政犯等に対して科される基本刑であった。」⁸⁾と指摘される。本編で検討した多くの明律系藩法は「御定書」とは異なり、こうした「唐明律の贖」に準じた贖刑制度を設けていた。転じて幕府の過料刑は、指摘のように贖刑とは異なるものであった。

小林氏は、幕府が「明律」に由来する制度をそのまま導入しなかった理由につき論じられているが、贖刑の不採用に關しても以下の理由が提示されている。すなわち、中国律のような刑罰体系を確立し、それに対応した財貨の額を定めることが、当時の幕府や吉宗には到底不可能であったとする刑罰体系上の問題と、贖刑が実刑とは異なり平等に作用しない点に吉宗が留意したという不平等性の問題である¹⁰。

前者については、多くの明律系藩法は「五刑」に倣った刑罰体系を設け、それに贖の金額を割り振るなど、「明律」に類似した贖刑の体系を備えていたのであり、この問題のある程度克服していたであろうことがうかがえる。後者の問題、具体的には資力が無く贖を納入できない者への対処という問題については、熊本藩をはじめ、いくつかの藩で認識されていたようである。熊本藩ではこの場合、「叱」を科したり、労役を科したりすることによって済ましていた。会津藩では高齢者等に対して減額した贖額を設けていた。弘前藩では――立法上の不備は存したが――労役や牢舎による代替の制度を設けていた。以上のように贖刑制度を導入した藩においては、多くが資力の無い者が贖罪するための制度を設けていたのである。

このように明律系藩法の多くは、それぞれの藩の事情に応じ、「明律」をはじめとした中国律を参考として贖刑制度を構築しており、それは吉宗時代の幕府が抱えた贖刑導入に關する諸問題を解決するものであったといえる。小林宏氏は諸藩の明律系藩法を含む立法に「明律」が影響を及ぼしたことについて、「享保期の吉宗による明律研究が江戸時代後期に至って次第に全国に滲透し、花開き実を結んだといってもよいであろう。」¹¹と論評される。これは贖刑制度についても然りであるといえる。

本論においては明律系藩法の贖刑制度について、史料制約からその運用にまで立ち入った十分な検討を行うことができなかった。こうした明律系藩法の贖刑制度の実態解明が今後の課題となると考える。

1 第六章注(7) 以下参照。

2 第一章注(14) 以下参照。

3 明代の「例贖」に財政目的が存し、転じて「律贖」は刑の緩和を目的としていたことについて、第一章注(7) 宮澤「明代贖法の変遷」三九〇～三九二頁参照。

4 第一章注(2) 服藤『幕府法と藩法』二一六・二一七頁参照。

5 なお、幕府の過料刑についても、その科刑の目的に財政目的は存しなかったとされている(第一章注(15) 金田「徳川幕府『過料』刑小

考」一四頁)。

⁶ 贖刑制度を採用した明律系藩法のすべてが、高齢者や幼年者、障害者等に贖刑を認めている点は注目に値する。第一章注(6) 大竹論文・一八六・一八七頁、柴田『日本幼児史』六二〜六五頁は、近世の高齢者観・幼年者観の点からこうした規定に言及したものである。第一章注(6) 拙稿では、専ら高齢者の場合に着眼して当該規定の導入理由について考察を行った。

⁷ 小早川論文・二九〜三四頁、小林中国法論文・四一・四二頁、小林過料刑論文参照。

⁸ 小林中国法論文・四二頁。小林過料刑論文・七〇頁でも同様の指摘がなされている。

⁹ 小林中国法論文・三五〜三八頁参照。

¹⁰ 小林過料刑論文・八四頁参照。

¹¹ 小林中国法論文・六三頁。

第三編 江戸幕府における贖刑不採用

一 はじめに

近世日本においては「明律」等の中国法の影響を受けた一部の藩法には、贖刑制度を設けたものが存在した¹。一方で江戸幕府の「公事方御定書」（御定書）には、こうした贖刑（贖罪）制度は見られなかったとされている²。しかしながら、幕府法の財産刑である過料刑について贖刑との関係を指摘する研究が存在する。すなわち、これらの研究は過料刑が江戸時代においては享保三年（一七一八）までは存在せず、同年に八代將軍の徳川吉宗によって初めて採用されたという説を採用する。吉宗は「明律」を中心とした中国法に関心を抱いていた將軍として知られ、贖刑についても周囲の学者に諮問していたことが明らかになっている。こうした点より先行研究は、幕府の過料刑は贖刑に示唆を受けて採用された刑罰であると論じているのである。

吉宗の中国法への関心については、従来多くの研究において指摘されることであり、疑いの余地はない。しかしながら、過料刑が近世法史上、吉宗によって初めて採用された刑罰であるという説については有力な反論が存在する。本編では幕府の過料刑と贖刑との関係に関する先行研究を整理するとともに、これらの諸研究が前提とする吉宗によって過料刑が初めて採用されたとする説が誤りであり、吉宗以前から幕府や藩において過料刑が行われていたという事実を確認する。その上で吉宗が贖刑について関心を持ちながらも、これを採用せずに過料刑を存置した理由について考察を試みたいと思う。

¹ 近世藩法における贖刑については本研究第二編参照。

² 牧健二『日本法制史概論』完成版（弘文堂書房、一九四八年）三八一頁参照。

二 先行研究の概要

幕府の過料刑と贖刑との関係について論じた研究としては、小早川欣吾氏の論文、および関連する史料を紹介された高塩博氏の論文、以上の成果と史料に基づき具体的な検討を加えられた小林宏氏の二論文が主要なものである。以下、これら諸研究について概観したい。

(1) 小早川欣吾「明律令の我近世法に及ぼせる影響」¹【小早川論文】

本論文は徳川吉宗や前田綱紀、高瀬学山や榊原篁洲、荻生徂徠、荻生北溪等の近世の諸学者の「明律」研究、そして幕府法や藩法に対する「明律」の影響について論じた研究である。同論文の第二「幕府法に対する明律の影響」イ「過料刑の採用について」（二九〇―三四頁）において、小早川氏は吉宗の「明律」研究と過料刑との関係について以下のように論じられている。

小早川氏は吉宗が享保三年に過料刑を「採用」したとの立場を採用される²。そして「明律」の贖銅制が吉宗の過料刑採用に示唆を与えたのではないかと論じられ、直接関係があったと断定し得る資料を発見できないとされつつも、以下の史料を傍証として示されている。一つは、和歌山藩「国律」の人命律中に、幕府の過料刑と「明律」との関係を示唆する文言が存在すること³。もう一つは、過料刑「採用」の翌享保四年に吉宗がその是非に関して、金沢藩主の前田綱紀に問い合わせたという史料上の記載（後掲）である。そこで「明律」を研究する綱紀が過料刑の採用に賛意を表したことによって、吉宗は反対意見を排して過料刑の存続を決意したのであるとされる⁴。

(2) 高塩博「和歌山藩『大明律例診解』の成立」⁵

本論文は和歌山藩の儒学者の榊原篁洲が著し、後に高瀬学山（喜朴）らによって修正が加えられていった明律注釈書の『大明律例診解』の成立過程を明らかにされたものである。その中で高塩氏は幕府法の過料刑と贖刑との関係について、史料を挙げつつ重要な事実を示されている。同論文の「贖銅をめぐる参訂と高瀬喜朴」（三八三―三八八頁）においては、篁洲が『大明律例診解』において贖刑を批判している点や、『診解』の「参訂」（訂正）において学山がこれに反駁している点、享保五年に吉宗と学山との間で贖刑の是非に関する問答がなされた点（『喜朴考』）などを新たに指摘されている。これらの指摘に基づき、幕府過料刑に対する贖刑の影響や、篁洲と学山の贖刑に関する見解を分析されたのが、以下の小林両論文である。

(3) 小林宏「徳川幕府法に及ぼせる中国法の影響」⁶【小林中国法論文】

本論文「徳川幕府法に及ぼせる中国法の影響——吉宗の明律受容をめぐって——」においては過料刑について、前掲の高塩論文で紹介された史料に依拠して、吉宗が榊原篁洲の贖刑批判論の是非について高瀬学山に諮問している点や、前田綱紀に対して金沢藩における過料刑の実態について諮問した点などに着目され、その検討の結果として以下のような結論を示されている。

すなわち「篁洲は五刑すべてにわたって、その軽重を問わず贖法を適用するのは刑政上、誤っており、とくに三流の如き重罪に贖法を許すのは良法ではなく（贖法に応報的、懲戒的効果の薄いことをいうのであろう）、且つ贖法は受刑者の貧富の差によって平等に作用しないから不公平であり、従って、我が国が近来、贖法を設けていないのは「善政」であるとして、これを高く評価した」⁹。そして、過料刑について綱紀もまた篁洲と同一の見解を有していたとされる⁸。これに対して「喜朴は篁洲の説を批判して、贖法は国家財政を補う利点があり、又、民に仁恵を施すことになる等の理由から、五刑すべてにわたって贖法を適用することが「仁政」の一端であるとし、明律に倣った贖法を採用すべきであると主張した」⁹。

以上の論より小林氏は吉宗の過料刑採用に対する中国法の影響を指摘される。しかし、幕府の過料刑は、唐明律の贖のように実刑の執行に換えて用いられるものではなく、「比較的軽微な犯罪や行政犯等に対して科される基本刑」¹⁰であった。この点に関して小林氏は、幕府法の過料刑が受刑者の資産の多少をも考慮している点に着目され、吉宗が贖法の欠点に関する篁洲や綱紀の説を参酌した可能性を指摘される。そして「このように吉宗は中国法から示唆を得て過料刑を創設したのであるが、その制は明清律の贖法とはその法的性質を異にするものであった」¹¹との結論を示され、過料刑の改善に関する吉宗の態度を評価される。

(4) 小林宏「徳川吉宗と過料刑の成立」¹² 【小林過料刑論文】

前掲の小林中国法論文では、榊原篁洲と高瀬学山は贖刑あるいは過料刑について相反する意見を有していたとの見解が示されていたが、本論文「徳川吉宗と過料刑の成立——立法における経書の意義に寄せて——」は、両者の意見において儒教の古典である経書の文が引用されていることに注目されたものである¹³。

一「贖刑をめぐる意見の対立」において、小林氏は篁洲の『大明律例諺解』の贖刑批判論や、学山によるその反駁（参訂）を紹介され、両者の記述に『尚書』（『書経』）の文や故事が引かれている点に着目される¹⁴。二「贖刑に関する経書の注釈」および、三「経書の注釈と学説の形成」では、贖刑に関する経書の学説の整理が行われるとともに、中国南宋の学者の蔡沈による「蔡伝」（『書経集伝』）や、元の鄒季友の『音釈』等の『尚書』の注釈が篁洲や学山の意見に及ぼした影響について論じられており、篁洲の重罪や五刑すべてへの贖刑適用を批判し、不平等性を問題視する説は「蔡伝」や『宋史』刑法志を受けたものとされ、学山の贖刑を財政と仁政の観点から評価する説についても「蔡伝」とは無関係ではなく、これに加え『音釈』の影響があったとされている¹⁵。

四「吉宗による過料刑の採用」では、こうした篁洲や学山の論の吉宗に対する影響について考察が行われている。幕府の過料刑は基本刑と

して比較的軽微な犯罪や行政犯に対して科せられるものであったが、この点に関して「吉宗は結局、喜朴の意見を採用せず、むしろ篁洲や綱紀の意見に近いものを有したといつてよいであろう。」¹⁶とされ、『喜朴考』を素材に学山の意見が採用されなかった理由を説明されている。

この『喜朴考』において学山は、「中国律の如く疑罪や過失殺傷罪に対しては、死罪を含むすべての犯罪に対し過料刑を適用すべきことを主張した。しかし重罪に対しても過料刑を適用するとすれば、喜朴が嘗つて「尤罪ノ軽重ニ因テ贖銅ノ多少同ジカラズ」（参訂）といったように、先ず中国律の如き精緻な刑罰体系を確立し、次にそれぞれの刑罰の重さに対応して財貨の額を細かく定めておかなければならない。また司法制度の改革を模索している段階にあった幕府や吉宗にとって、それは到底不可能なことであった」¹⁷。

また『諺解』や綱紀の意見により吉宗は、実刑と異なり受刑者に対して平等に作用しない点など過料刑（贖刑）のもつ短所や限界をよく理解していた。それゆえ吉宗は比較的軽微な犯罪や行政犯に対してのみ過料刑を適用することにしたのであるとされる¹⁸。「御定書」の受刑者の資産に応じて徴収する応分過料は、こうした不平等性に留意したものとされ、また過料の納付困難者に対する手鎖による代替は、学山の答申に見える「明律」の「笞杖」や「做工」などの実刑による贖刑の代替執行の制の影響を示唆される¹⁹。

これに続いて、五「吉宗の立法と経書」では、吉宗の過料刑採用の理由について、経書との関係から再度検討がなされている。ここでは篁洲や学山がともに『尚書』や「蔡伝」を重視したことを指摘されるとともに、学山の意見が採用されなかった理由につき、学山が「蔡伝」を受けて周の穆王による五刑すべてにわたる贖刑の適用を「国家財政の窮乏を救う為の「権宜」の手段、即ち非常事態に対する一時の解決策」²⁰として注目され、「喜朴がいかに贖刑の採用を為政者の「仁政」に適用ものとして力説したとしても、恒久的な刑罰制度の確立を志向する吉宗に対しては、やはり説得力に欠けることになるのではなからうか。」²¹と推測されている。

そして、吉宗が過料刑を軽罪にのみ適用する刑罰として採用した理由について、「過料刑のもつ執行の利便性と共に、その実際的な効果の不平等性にも配慮したこと、一方、当時幕府教学の尊重した「尚書蔡伝」の解釈が彼の考える過料刑の性質とほぼ一致するものであったこと、以上から吉宗は経書である『尚書』に過料刑の幕府公刑罰としての正当性の論拠を明確に見出すことができた……」²²との結論を示されている。

以上、小早川論文と小林両論文を確認した限りでは、幕府法の過料刑に中国法の贖刑の制度が示唆を与えたということについては、かなり確からしく思われる。しかし私見によれば、吉宗による過料刑の「採用」という点に関しては重大な課題が残されていると思われる。すなわち、これらの諸論文では吉宗はそれまで幕藩の刑法には存在しなかった過料刑を新たに採用したとの見解をとっている。しかし、この点に関しては有力な批判が存在するのである。次章では以上の諸研究の立場を確認したうえで、吉宗による過料刑創設説の可否について検討を行い

たい。

- 1 『東亜人文学報』第四卷第二号（一九四五年）。
- 2 小早川論文・三〇～三二頁参照。
- 3 同・三二頁参照。
- 4 同・三二・三三頁参照。
- 5 高塩博『日本律の基礎的研究』（汲古書院、一九八七年）所収。
- 6 小林宏『日本における立法と法解釈の史的研究』第二卷 近世（汲古書院、二〇〇九年）所収。初出は『國學院大學日本文化研究所紀要』第六四輯（一九八九年）。また、同書の神崎直美書評（『法史学研究会会報』第一五号、二〇一〇年）参照。
- 7 小林中国法論文・四一頁。
- 8 同・四二頁参照。
- 9 同・四二頁。
- 10 同・四二頁。
- 11 同・四二頁。
- 12 小林前掲書所収。初出は『法史学研究会会報』第九号（二〇〇四年）。
- 13 小林過料刑論文・七一頁参照。
- 14 同・七一～七三頁参照。
- 15 同・七八～八一頁参照。
- 16 同・八二頁。
- 17 同・八四頁。
- 18 以上、同・八四頁参照。
- 19 同・八四・八五頁参照。

20 同・八六頁。

21 同・八七頁。

22 同・八七頁。

三 徳川吉宗による過料刑「創設」説の検討

先に挙げた諸研究の前提となっている徳川吉宗が過料刑を創設したとする説には有力な反論が存在する。本章では先に掲げた諸論文における記述を確認し、この説が誤りであることを指摘したい。

過料という刑罰は平安時代には存在していたことが知られる¹。小早川論文においても吉宗時代以前にも日本において過料刑にあたる財産刑が行われていた点は認められている。しかしながら、同論文は「中古以来、贖銅刑の系統を引く過怠、過銭刑は戦国時代の領国法、例へば新加制式、長曾我部元親百箇条等、二三の領国法の上に散見したるを最後として、一時其の影を我が刑罰制度上より、没したのであつた。然るに吉宗は過料刑を享保三年に到りて復活した。」との見解を示している²。このように過料刑に対する贖刑の影響を認める研究は近世法史上、吉宗が初めて過料刑を採用したという前提によって議論を進めるのである³。

こうした吉宗が過料刑を創設したとする見解に対して反論を行った研究が、金田平一郎「徳川幕府『過料』刑小考」⁴【金田過料刑論文】である。同論文は江戸幕府において幕初以来、過料刑が行われていた根拠として、慶長十五年（一六一〇）より正徳元年（一七一）に至る幕府における過料刑の実施を示す多数の法令を提示する⁵。そして「幕府法上の過料刑は、開府草創以来、引き続き行はれたものであること、充分之を認識し得られるであらう。只しかし、幕府法上の過料刑制度も亦、他の諸制度と同様に、吉宗時代殊に「公事方御定書」に依つて整へられ、此時を以て、その体系と組織が出来上るに至つたのであり、徳川前半期のそれは、甚だ雑然たる制度であつたことは事実である。」⁶との見解を示されている⁷。同論文で提示された史料によれば、吉宗以前から幕府において過料刑が行われていたことは明白であるといえよう。

また、前掲の小早川論文の論述からは、藩法においても吉宗以前には過料刑は存在しなかったと読み取ることができるとは、金田過料刑論文においても対馬藩において幕初から過料刑が活用されていた点が指摘されているが⁸、実際には多数の藩で享保期以前から過料刑は行われていた。藩法において享保期以前から過料刑が行われていたことは、小早川論文の引用する金沢藩の「過銭」に関する史料の記

述からも明らかであると思われる。小早川氏は吉宗が過料刑「採用」の翌年、享保四年に過料刑に関して前田綱紀に諮問し、回答を得ている点を重視され、以下に引用する史料を示されている¹⁰。

当該史料では金沢藩の「過銭」について、「是は其罪をあがない申ために過銭差出候儀は無御座候、軽き者末々には加様の儀おかし申者は、是程過銭出候様にとの儀は御座候、惣て御領国御刑法の儀は、御先代より有来り候を被用、新法は曾て無御座候」(『松雲公御夜話』¹¹)、「成程過銭有之候、前代より右之通候、かろき者、町人、百姓には過銭有之、少にても重き者には過銭不申付候、人により申と申義は無之、兼て員数を定置申付候、其子細は罪によりて過銭多く申付、つくのひ候へば、富有成者ハ過銭次第、咎を遁候様に罷成候、又過銭は国中之道路・川除・橋等之義に用、自分之事には少も用不申」(『稽古紀聞』¹²)と述べられている。

問題は金沢藩において、いつからこの「過銭」が用いられていたかという点である。『松雲公御夜話』は、金沢藩の刑法は先代からあったものを用いており、新法は存在しないと述べており、『稽古紀聞』においてもまた前代より過銭があったと述べている(傍線部、筆者による)。こうした記述によれば金沢藩においては綱紀以前から過銭は用いられていたことになるであろう¹³。小早川氏は当該史料を、綱紀が「明律の智識によりて」吉宗の諮問に答えたものと評価されるが¹⁴、少なくとも過銭に関して綱紀は先代からの金沢藩の法に基づいて回答したのであり、幕府の過料刑と贖刑との関係を論証する史料としては不適當であると思われるのである¹⁵。

このように過料刑は吉宗以前から幕府や諸藩において用いられていた刑罰であった。従来の諸研究においては、こうした事実は考慮されていなかったように思われる。このような事実を鑑みるならば、吉宗は贖刑に示唆を得た新規の刑罰として過料刑を創始したわけではなく、金田過料刑論文で述べられていたように、従来から行われていた過料刑を整備したものと考えるべきであろう。一方で吉宗が「明律」を研究していたことは事実であり、高塩論文や小林両論文で示された史料によれば、贖刑についても関心を抱いていたことは疑いがない。次章では吉宗の周辺の学者らの贖刑についての評価を検討し、吉宗が関心を抱いていた贖刑の具体的内容について確認したいと思う。

¹ 義江彰夫「院政期の没官と過料——中世財産刑形成前史——」(土田直鎮先生還暦記念会編『奈良平安時代史論集 下巻』吉川弘文館、一九八四年)三九七頁以下参照。

² 以上、小早川論文・三〇頁。

³ 小林氏も「吉宗は享保三年(一七一八)四月、中世及び戦国期には存在したにも拘らず、その後、徳川期には断絶していた過料刑を復活した。」(小林中国法論文・五八頁)と同様の見解を取られているようである。

4 蠟山政道編『国家学会五十周年記念 国家学論集』（有斐閣、一九三七年）所収。

5 金田過料刑論文・一〇〇～一二頁参照。

6 同・一二頁。

7 牧英正氏もまた『国史大辞典』の「過料」の項目（第三卷、吉川弘文館、一九八三年、六七六・六七七頁）において同様の見解を示されている。平松義郎氏は「過料刑は吉宗以前からあったが、吉宗はこれを主に博奕、隠売女の刑として用い、その適用を漸次拡大したが、これは追放刑の制限の意味をもつものでもあった。」（平松義郎「刑罰の歴史―日本（近代的自由刑の成立）―」莊子邦雄・大塚仁・平松義郎編『刑罰の理論と現実』岩波書店、一九七二年、三三三頁）とされている。

8 金田過料刑論文・四頁参照。

9 吉田正志氏は「敲刑と入墨刑が明律に示唆を得て吉宗によって幕府法のなかに体系立てて導入されたにせよ、わが国に従来から類似した肉刑があったことも忘れてはならない事実ではあるまいか。」（吉田正志書評「高塩博著『江戸時代の法とその周縁―吉宗と重賢と定信と―』『法制史研究』第五五号、二〇〇五年、一八五頁）との見解を示され、これに注して「ちなみに、過料についても、たとえば仙台藩では、すでに元禄期に博奕犯に対してきわめてしばしば過料を科している」と述べられている（同・一八七頁（6））。

後に明律系の藩法を制定した藩を例にすると、熊本藩では延宝期以降になって過怠の適用例が多くなるとされ（鎌田浩『熊本藩の法と政治』創文社、一九九八年、二九三頁参照）、会津藩では正保三年には過料刑に関する規定が定められている（守屋浩光「江戸時代初期における「寛刑化」と藩政の確立（一）―相馬・会津・盛岡藩を題材に―」『法学論叢』第一三四卷第一号、一九九三年、三〇頁参照）。

10 小早川論文・三二・三三頁参照。また、高塩「和歌山藩『大明律例諺解』の成立」三八四頁参照。

11 近藤磐雄編『加賀松雲公』（一九〇九年）中巻・七〇四頁。句点は筆者、以下同じ。

12 『加賀松雲公』中巻・七〇七頁。

13 『加賀松雲公』中巻は、「過料は松雲公以前。間々之を用いたることあり。公親政の初め。大に其法を修正し。爾来常に之を用ひられしこと。其將軍に答へらるゝ所の如し。而して將軍享保五年以来。盛んに過料の法を採用し。後終に幕府の定制となれり。蓋し將軍公の説に拠て。其意を決定せられしものなるへし。」（七〇九頁）と評する。

14 小早川論文・三三三頁参照。

15 また小早川論文では贖刑と過料刑との関係を示す傍証として、和歌山藩「国律」の記述もまた示されているが（三二二頁参照）、この記述が

過料刑に関するものとは言えない点について、本研究第二編第六章第三節参照。

四 諸学者の贖刑論と吉宗への影響

本章では吉宗の周辺で活躍した諸学者の贖刑評価と、彼らおよび吉宗が理解していたと考えられる贖刑の内容について本研究第一編の内容を踏まえて確認しておきたい。

小林両論文においては過料刑（贖刑）について、榊原篁洲の「反対もしくは消極的意見」と高瀬学山の「賛成もしくは積極的意見」という対立軸を前提として議論が進められていた¹。しかしながら、その贖刑の具体的な内容に関しては、小林過料刑論文においては「做工」等については触れられていたものの²、参訂や『喜朴考』等において学山が詳細であると述べていたような明代中国の贖刑制度には必ずしも十分に言及されていなかった。第一編においては、篁洲や学山の論に現れる「納贖」「雜犯死罪」等の語について、そして彼らが反対あるいは賛成しようとしていた贖刑の中身についてより明確化するために、明代中国の贖刑制度に関する研究を参照した。

滋賀秀三氏によれば明の贖制には、「律贖」ともいう「收贖」と、「例贖」ともいう「贖罪」また「納贖」の区別があった³。後者には労役による「工役」また「輸作」「做工」と、物資を調達し運んで納入する「運納」があった⁴。律贖は特定の対象に対して大きな恩典を与えるものであり、財政上の期待は全く無かったとされるが、例贖は「真犯死罪」を除く刑罰一般に適用され、労働力と物資の確保に重点が置かれていた⁵。

こうした知見に基づいて榊原篁洲の贖刑論を、小林両論文の用いる『大明律例諺解』の名例律・五刑条の注釈に加え、他の贖刑に関連する個々の条文の注釈をも参照し検討を行った結果、篁洲が贖刑について必ずしも否定的な見解のみを有しているわけではないことが判明した。すなわち『大明律例諺解』の注釈において篁洲は律贖（收贖）に関しては批判を行っておらず、むしろ肯定的な見解を示していた。こうした点と小林両論文で参照された五刑条の注釈から、篁洲は流罪の「納贖」（例贖）を批判していたにすぎないかと結論付けた。

高瀬学山についても篁洲と同様にこうした例贖を中心とする明代中国の制度を踏まえて贖刑を肯定している点を指摘した。小林両論文においても学山が「仁政」の点から贖刑に肯定的であった点は指摘されていたが、この点を再確認するとともに、その著作の『大明律例訳義』においても一貫してこうした見解が述べられている点を確認した。そして小林過料刑論文においては、こうした贖刑に関する学山の見解は「蔡伝」や『音釈』等の『尚書』の注釈を踏まえているものとされていたが、より直接的には中国で編纂された「明律」の注釈書である『大

明律附例』（『律例箋釈』）の論に影響されたものであろう点を指摘した。

また、第一編においては获生徂徠の贖刑論についても新たに検討の対象とした。徂徠が『政談』において過料刑を批判していることは、金田過料刑論文や小早川論文においても指摘されていたが、その過料刑批判論が同時に贖刑導入論となっている点を指摘した。すなわち、徂徠は財産を徴収することのみを目的とする過料刑には反対するのであるが、五刑に基づく贖刑については、日本律や「唐律」、明代の制度を挙げてこれを肯定していた。

以上のように篁州、学山、徂徠といった吉宗がその意見に接した学者は皆、贖刑につき基本的に肯定的であった。そして吉宗もその内容を深く理解していたと考えられる。しかしながら、彼が制定した「公事方御定書」はこれらの贖刑制度を一切採用しなかったのである。贖刑に肯定的な多数の学者の意見に接し、自ら研究を重ねながら、吉宗はなぜその贖刑を採用せず過料刑を存置したのであるか。また、こうした諸学者による「明律」研究の成果を参照した熊本藩の「刑法草書」のような明律系藩法の多くは、贖刑制度やそれに類似した刑罰制度を設けていた。吉宗はなぜ、明律系藩法のように中国法にならった贖刑制度を、幕府法にそのまま導入することがなかったのであろうか。

小林過料刑論文においても吉宗が贖刑に示唆を得ながらも、そのまま導入することなく、軽微な犯罪等に対する基本刑として過料刑を導入した理由が述べられていたが、過料刑が吉宗以前から行われていた刑罰であることを考慮するならば、これはむしろ吉宗が贖刑の採用を退けた理由として理解する必要があるであろう。次章ではこの問題について検討を行いたい。

1 小林過料刑論文・七〇頁参照。

2 同・八三、八五頁参照。

3 滋賀秀三『中国法制史論集（法典と刑罰）』（創文社、二〇〇三年）二二二頁参照。

4 同・二三四・二三五頁参照。

5 宮澤知之「明代贖法の変遷」（梅原郁編『前近代中国の刑罰』京都大学人文科学研究所、一九九六年）三九一・三九二頁参照。

6 第三章注（9）吉田書評においても、「吉宗はかくも熱心に明律を勉強したにもかかわらず、のちの熊本藩がしたように、なぜその明律をまるごと幕府法に導入しなかったのか」（一八三頁）という疑問が呈されている。

五 贖刑不採用の理由

(一) 先行研究における論点

小林中国法論文においては、吉宗が中国法の導入に慎重であったことについて、以下の三つの理由が掲げられている。

第一の理由は、日中の国情の相違である。明清の中央集権的な国家体制を規律する中国法は、そのまま導入できないものであった。小林氏はその具体例として、幕府法の刑罰体系を合理化して徒刑制や流刑制を採用するには、追放刑の廃止と戸籍制度の完備が必要であること、官吏の刑罰の合理化には官僚機構の整備が必要であること、明清律のように七歳以下の幼児を免責するには、客観主義的な刑法観の払拭が必要であること等の問題を列挙されている¹⁾。

第二の理由は、明清律の難解性である。同論文では荻生北溪等の当時の中国法研究者が律の難解性に言及し、安易な国政への適用を警戒している点が指摘される。こうした中国法を「よく消化して大規模に我が国政に取り入れ、且つ運用するところまで、当時法曹の学問的水準はまだ到達していなかったのである」²⁾。

第三の理由は、吉宗の伝統法尊重の態度である。吉宗は家康を尊崇しており、その権威を背景に將軍のもつ政治力を高めて行こうとしたとされる。それゆえ、安易に家康以来の伝統法を改めて中国法を全面的に採用することには慎重にならざるを得なかったと推測されている³⁾。また、こうした吉宗の伝統法尊重の態度には、前田綱紀からの影響もあったとされる⁴⁾。以上は、吉宗が中国法を全面的に採用しなかった理由に関する総論的な説明とすることができよう⁵⁾。

過料刑を贖刑のような換刑とせず、軽微な犯罪等への基本刑とした理由、すなわち贖刑の不採用の理由に関して今一度、小林過料刑論文で述べられていた理由をまとめると、①中国律のような刑罰体系を確立し、それに対応した財貨の額を定めることが困難であったため、②不平等性（以上、小林過料刑論文・四）、③贖刑が国家財政の窮乏を救う為の「権宜」の手段とみなされたため、④贖刑についての「蔡伝」の解釈が吉宗の考える過料刑の性質と一致したため（以上、同・五）、と整理できらるであろう。

小林過料刑論文の主な問題関心は、吉宗や幕府に対する経書の影響の解明にあり、吉宗の贖刑の不採用に関して④の「蔡伝」の影響に重点が置かれていた。もともと筆者の関心からすると、それ以外の理由、すなわち小林過料刑論文の①③および小林中国法論文で提示された理由こそが、より直接的に贖刑不採用について説明し、幕府法、近世法の性質を鋭く指摘するものであると思われる。以下、本章においては小林氏の所説を参考としつつ、幕府の贖刑不採用について以下の四つの論点から説明を試みたいと思う。第一は、小林過料刑論文①の理由および小林中国法論文で述べられていた日中の国情の相違と関わる刑罰体系の問題。第二は、②の不平等性の問題。第三は、③の理由と関連す

る贖刑を国家の財源とすることに否定的な営利忌避の思想。第四は、小林中国法論文において述べられていた伝統法尊重、すなわち古法墨守の思想である。

(二) 刑罰体系

小林氏は中国律のような刑罰体系を設けることの困難性を強調されるが、本節ではその具体例として、吉宗が制定した「公事方御定書」の刑罰体系が贖刑制度と相性の悪いものであったことを指摘したい。

律には笞・杖・徒・流・死の「五刑」の刑罰体系が存在する。贖刑はこうした五刑をあがなうものであり、贖刑には五刑との対応関係が存在する⁶。このように贖刑を行うに当たっては、刑罰と対応する贖の額を定めなければならないのである。小林過料刑論文では前述の通り「尤罪ノ軽重ニ因テ贖銅ノ多少同ジカラズ」という高瀬学山の見解を紹介していたが、荻生徂徠もまた『政談』で「古の贖法は五刑の法を立置、夫に贖の多少をわりつけ置」⁷と、贖刑が五刑と対応した贖の額を有する制度であることを述べていた。しかしながら、幕府法の刑罰体系はこうした贖刑が対応すべき五刑の体系とは異なるものであったのである。

「唐律」において刑罰の根幹をなすのは「五刑二十等」であり、「明律」においても五刑は規定されていた⁸。そしてこの律の五刑は名例律の規定により幾等加・減できるものであった⁹。以上のように律には軽重関係が明確な刑罰体系が存在したのである¹⁰。

転じて江戸幕府法の刑罰体系は平松義郎氏によるならば、普通刑罰体系である「通例之御仕置」の段取と、特別刑罰体系である「盜賊御仕置段取」の二種からなっていた¹¹。このうち普通刑罰体系は「科されるべき犯罪が特定していない基本的な体系」¹²であり、磔―獄門―死罪―遠島―重追放―中追放―軽追放―江戸十里四方追放―江戸払―所払―手鎖―急度叱・叱からなる。特別刑罰体系は主として盗犯等に対するもので、敲刑と入墨刑からなり、初犯敲、再犯入墨、三犯死罪という累犯処罰の体系である。そしてこれらの刑罰は「等」を単位に上下し、加重・減輕が可能なものであった。

これによれば幕府刑法にも五刑のような刑罰の体系性がある程度は存在したことになる。「公事方御定書」の立法技術や法体系に関しては律令法の影響が指摘されているのであり¹³、こうした「御定書」の刑の加重減輕方法は「明律」の名例律・加減罪例条の規定に学んだものとされ¹⁴、そして個々の刑罰においても、特別刑罰体系を構成する敲刑や入墨刑は「明律」の笞杖刑や、盗犯に対する附加刑である「刺字」に示唆を受けたものとされている¹⁵。

しかしながら幕府法の刑罰体系は律の五刑のように完全に軽重関係によって体系化された制度ではなかったのである。これについて平松

氏は「重軽の体系は「御定書」以降も完全に整うまでには至らなかつた。」として、火罪、下手人、非人手下といった特定の犯罪だけに科される刑罰や、奴、剃髪等の適用される場合が比較的稀な刑罰の存在を挙げられる¹⁶。この特定の犯罪にだけ科される刑罰という性格は、「明律」の笞杖刑から示唆を受けて導入されたとされる敲刑においても指摘することができる。敲刑は前述の通り特別刑罰体系を構成する刑罰で¹⁷、「御定書」においては盗犯にのみ科される刑罰である¹⁸。これは律の笞杖刑が盗犯以外にも多くの犯罪に適用される刑罰である点とは異なる¹⁹。

以上のように「御定書」の刑罰制度には、基本的な体系である普通刑罰体系に属する刑罰のほかに、特定の犯罪だけに科される刑罰が複数存在するのである。このような全体の軽重関係が不明確な幕府刑法の刑罰制度に従う限り、刑罰の重さに対応した財貨の額を定めることは困難であつたと思われるのである。

名古屋藩の国学者の河村秀穎はその著作『通俗徒刑解』（天明三年（一七八三））²⁰において、贖刑導入について以下のように論じている。

贖罪とて罪の代りに金銭を出させて罪をあかなふ事、和漢ともに古来よりある事なり、当時に行れず、金銭を罪の代りに出さずする事、何とやらん上の貪利のやうにもひしくゆへ如何なれども、元聖人のなせる法にて古来より和漢ともある事なれハ、今当用に行ふに何の憚事あらんや、笞杖徒流等の刑、直に行ひかたき老人・小兒・病人又ハ人品重き人などハ、此贖刑を用ひて随分よかるへき事也、但し只今にてハ古来と違ひ、人情甚姦曲に成り、種々謀計を構、賄賂を用ひて罪を遁、人とはかる事なれハ、贖銅行るゝ事初りなは金銀模通ある人ハ賄賂を以て其罪を遁、贖にて済さんと色々計るへき故に却て姦謀を導の端ともなるへき故、兼て其法を嚴重に究め、是々の人品是々の罪科ハ贖をゆるす、是々の人品是々の罪科ハ贖ハならず、直二刑を決するといふ事を其規矩をたしかに極め、人にも知ししめたるうへに贖罪行ハれすハ、成ル間敷事なるへし、²¹

秀穎は和漢ともに古来より存在した贖罪が現在には行われていないと述べる。贖罪は「上の貪利」のようであるが、元は聖人のなせる法であり、和漢ともに古来よりある制度であるとして、笞杖徒流の刑を直接行い難い者に贖刑を適用すべきことを主張している。秀穎もまた贖刑の適用対象として、「笞杖徒流」という五刑の刑罰を掲げているのである。「老人・小兒・病人又ハ人品重き人」は、「唐律」や「明律」における収贖の対象である。こうした官吏や幼年者の処罰に関して小林中国法論文では官僚制の整備や客観主義的な刑法観の払拭が必須であるとされていたが、贖刑導入にあたってもしこうした問題が避けられないことは秀穎の意見からもうかがうことができよう。ここではさらに裕福な

者の賄賂による贖罪を避けるために、その適用基準を定めて、それを人に知らしめることが要請されているが、刑罰体系の問題を含めこうしたことは容易ではなかったと思われるのである²²。

(三) 不平等性

榊原篁洲が『大明律例諺解』で贖刑批判の理由として、「蔡伝」等を受けて贖刑の不平等性を挙げていることや、前田綱紀が金沢藩の「過錢」に関して同様の見解を述べていることは、すでに小林両論文で指摘されていた。先に引用した河村秀穎の『通俗徒刑解』においても、裕福な者の賄賂による贖罪が危惧されていたが、これもまた贖刑の不平等性への警戒と考えてよいであろう。

寺島良安の『和漢三才函会』（正徳二年〔一七一二〕自序）には贖刑について、「金を納めて罪を免ぜらるるを贖（音熟阿加奈布）」と曰ふ。舜典に曰く、金を以つて刑罪を贖ふことは、舜より始まる。△按ずるに、贖は（俗に云ふ、頸錢）近世絶へて之れを用ゐず。富人の如きは、贖ひ易く罪を犯すことを恐れざるなり。往古贖銅を定む。……」（巻第二十二「刑罰」）²³という説明が存在する。ここでは近年、贖刑が用いられていないのは、贖うことの容易な裕福な者が罪を犯すことを恐れなくなるからだと言べられている。同時代における贖刑不存在の理由として、その不平等性に着目した意見である。このように贖刑の不平等性を問題視する説は、近世において広く見られた見解であったと思われるのである。

こうした贖刑の不平等性を解消するにあたっては高瀬学山が述べていたように、明代の贖刑制度に倣って、財力の無い者に対する「做工」等の労役の制度を整えなくてはならないが、これには小林中国法論文で提示されていたような徒刑制度の導入と同様の問題が生じることになると思われるのである²⁴。

(四) 営利忌避

小林過料刑論文においては学山の意見が採用されなかった理由として、贖刑が国家財政のための「権宜」の手段とみなされた点を挙げられていたが、贖刑が財政目的の制度とみなされたこと自体にも不採用の原因があるのではないかと思われる。先に掲げた『通俗徒刑解』は贖刑を「上の貪利」と否定的にみなす見解の存在に触れていたが、海保青陵は『稽古談』（文化十年〔二八一三〕）において、同時代における贖刑不存在の理由について「利」との関係で以下のように述べている。

扱一体、吾国家ニハ利ヲケガラワシトシテステル風也。ユヘニ贖刑ト云コトナシ。キレイナルコトナレドモ、下ノ金ヲ上ヘマキ上ルニハ、勝手甚アシ、。…唯、マキ上ルニ法アリ。贖刑ハ其処也。吾国家ニハ贖刑ナク、売爵ナク、其上ニ一々御買上ゲト云法ニテ、金ノ上ヨリ下ヘサガルバカリナリ。唯、過料一箇条アリ。サレドモコレハ甚サ、イナルコトニテ、中々上ヘマキアゲルト云フ万二分ノ一モ用ニ立ヌコト也。大名家ニテモ国家ノ制ニナラワネバナラヌコトユヘニ、外ニマキアゲル法ヲ立ルコトナラズ、唯過料バカリ也。此過料ノイロ／＼ニシテ用ヒバ、贖刑ノヨウナルベキ也。²⁵

青陵は贖刑を金を「マキ上ル」手段としてとらえている²⁶。そして、幕藩にこうした贖刑制度が存在せず、些細な過料刑しか存在しないことを批判しているのである²⁷。ここで注目すべきは、利を忌避する思想があるゆえに贖刑が存在しないのだと述べている点である。近世において収利的行為が軽視・蔑視されていたことは、「金公事」債権の保護の弱さとの関連で指摘されているところである²⁸。このように司法において営利が忌避されたことは、贖刑に対する抵抗を生じさせたとしても不思議ではない。

江戸時代の裁判については「司法の財源化」現象の不在が指摘されている²⁹。幕府は民事裁判においては訴訟手数料を徴収することはなかった³⁰。「為政者は、たとえ訴訟手数料という貴重な収入源を犠牲にしても、また出訴数の増加が招来されるかもしれない危険を犯してまでも、恩恵による裁判というイデオロギーを堅持するため、訴訟手数料を徴収しなかった」³¹。こうした司法を財源としない観念の存在から考えるならば、幕府があえて財政目的とも評価され得る贖刑を導入しなかったのは当然といえるであろう。このような贖刑のような制度は営利に否定的な幕府にとって好ましいものではなかったと考えられるのである³²。

(五) 古法墨守

小林中国法論文においては、吉宗が家康を尊崇しており、それゆえに伝統法を改めるのに消極的であったと述べられていた。前述の通り、同論文を含め江戸幕府の過料刑と贖刑との関係を指摘する研究は、過料刑を江戸幕府史上、吉宗の時代に初めて創設された刑罰であると認識していた。しかしながら実際には、過料刑は幕初以来の「古法」であった。したがって従来論じられていた以上に、この吉宗の伝統法尊重の態度は贖刑の不採用に大きな影響を与えていると考えられるのである。

近世法において、こうした古法墨守の思想が存在したことは、服藤弘司氏によって指摘されているところである³³。吉宗は「公事方御定書」の編纂によって戦国以来の刑法たる古法の改廃に取り組んだとされるが、その吉宗においてすら「古法こそ正法という考えを捨て切れな

かった」³⁴。「御定書」も古法の抜本的改革ではなく、「近世幕藩体制国家の施政の根本たる古法墨守の思想がなお重く押しかかり、不合理性・非効率性を十分承知しながら、容易にこれが克服までにはいたらなかった」³⁵。

このような吉宗と「御定書」の限界から考えるならば、伝統的な幕府刑法の刑罰体系や営利忌避の思想を改め、贖刑制度を導入することの困難さがより理解できるであろう。古法墨守の思想を捨て切れなかった吉宗が、新たに財産刑を拡張するにあたって外国法由来の新制度である贖刑よりも、幕初以来行われてきた過料刑を選択したことは想像に難くないのである³⁶。

なお、近世において実際に贖刑制度を有していた明律系の藩法を確認するならば、その多くは贖刑と対応する五刑に倣った刑罰体系を備えており、労役により贖刑を代替する制度をも設けていた³⁷。このように明律系藩法を制定した諸藩の多くは、本章で指摘した刑罰体系や平等性の問題を解決していたのである。こうした中国刑法を模倣した諸藩は、幕府や「公事方御定書」に範を求めた諸藩に対し大幅に古法を廃したと評価されている³⁸。こうした点より考えるならば、幕府における贖刑の不採用の要因は、究極的には古法墨守の思想に収斂するものとしてとらえるべきであろう。

1 小林中国法論文・三五・三六頁参照。

2 同・三七頁。

3 同・三七頁参照。

4 同・三七・三八頁参照。

5 このほか、國學院大學日本文化研究所編『法文化のなかの創造性——江戸時代に探る——』（創文社、二〇〇五年）所収、小林宏「徳川吉宗と法の創造」一三〇—一五頁、および、第二部シンポジウム・一九三〇—一九七頁参照。前者は、小林前掲『日本における立法と法解釈の史的研究』第二卷に再録されている。

6 八重津洋平「魏晋南北朝の贖刑制度」（『法と政治』第一四卷第四号、一九六四年）二八—二九頁参照。

7 平石直昭校注『政談——服部本』東洋文庫（平凡社、二〇一一年）二九九頁。

8 滋賀秀三『唐律疏議訳註篇一』訳註日本律令五（東京堂出版、一九七九年）三〇頁、奥村郁三『日本史上の中国 金印・那須国造碑・飛鳥・新律綱領・令集解』（阿吽社、二〇一五年）所収「新律綱領と明律」一九〇—一九二頁参照。「明律」の五刑と贖との関係については、陶安あんど「中国刑罰史における明代贖法——唐律的「贖刑」概念との比較——」（『東洋史研究』第五七卷第四号、一九九九年）、同「贖罪（旧中

国の)」（『歴史学事典』第九巻 法と秩序、弘文堂、二〇〇二年、三四九・三五〇頁）、石岡浩・川村康・七野敏光・中村正人『史料から見る中国法史』（法律文化社、二〇一二年）六〇・六一頁参照。

⁹ 滋賀前掲『唐律疏議訳註篇一』三〇、三三三・三三四頁参照。

¹⁰ 牧英正「鎌倉幕府の国家的権力と幕府法の刑罰体系」（法制史学会編『刑罰と国家権力』創文社、一九六〇年）は、こうした律の五刑の性格を指摘し、鎌倉幕府法の刑罰に律のような整然とした体系が存在しなかった点を論証している（七六〜八六頁参照）。

¹¹ 以下、平松義郎『近世刑事訴訟法の研究』（創文社、一九六〇年）九二〜九一九頁、同『江戸の罪と罰』（平凡社、二〇一〇年）所収「人足寄場の成立と変遷」一八八〜一九〇頁参照。

¹² 平松「人足寄場の成立と変遷」一八九頁。

¹³ 小林前掲『日本における立法と法解釈の史的研究』第二巻所収「徳川吉宗の立法技術——律令的レトリックの導入に寄せて——」一〇八頁以下、高塩博『江戸幕府法の基礎的研究』（汲古書院、二〇一七年）所収「公事方御定書」の法体系と律令法——徳川吉宗に焦点を当てつ——」三八七頁以下参照。

¹⁴ 高塩『江戸幕府法の基礎的研究』（論考篇）所収「江戸時代享保期の明律研究とその影響」七三・七四頁参照。

¹⁵ 小早川論文・三四〜三七頁、小林中国法論文・五一〜五三頁、高塩博『江戸幕府の「敲」と人足寄場——社会復帰をめざす刑事政策——』（汲古書院、二〇一九年）所収「江戸幕府法における「敲」と「入墨」の刑罰」参照。

¹⁶ 平松「人足寄場の成立と変遷」一八八・一八九頁。

¹⁷ 平松氏によれば文化三年（一八〇六）に、入墨重敲—入墨敲—入墨—重敲—敲という体系が確立した。敲は所払、重敲は江戸払と同等と見られたが、入墨以上は普通刑罰体系との関連はなかった（平松『近世刑事訴訟法の研究』九一四・九一五頁参照）。

¹⁸ 「御定書」において敲刑が盗犯以外の犯罪に適用されるのは「悪養」についての規定が唯一とされる（高塩「江戸幕府法における「敲」と「入墨」の刑罰」四二頁（14）参照）。のち寛政六年（二七九四）には敲刑は博奕犯にも科されるようになった（同・三〇・三二頁参照）。

¹⁹ 後述の『通俗徒刑解』において河村秀頼は幕府と名古屋藩の敲刑に言及して、「しかれども盗賊計に行れて外の犯科に用られず、又女に用ひられぬ也、笞杖の罪ハ盗賊にかきらす、都て軽罪にハ用ひ度事也、」（小林宏・高塩博編『熊本藩法制史料集』創文社、一九九六年、一二〇六頁）と述べて、敲刑が盗犯にしか科されないことを批判し、律の笞杖刑のように広く軽罪に適用すべきことを主張している。名古屋藩の「敲」については、高塩前掲『江戸幕府の「敲」と人足寄場』所収「敲」の刑具について——「敲箠」と「箠尻」——」九四〜九六頁参照。

- 20 前掲『熊本藩法制史料集』高塩博「史料解題」一一八・一一九頁参照。
- 21 『熊本藩法制史料集』一二〇六・一二〇七頁。
- 22 たとえば、贖刑の適用要件を人に知らしめるといふ点については、近世において法が秘密とされていた点と抵触すると思われる。三浦周行『法制史の研究』（岩波書店、一九一九年）所収「歴代法制の公布と其公布式」一二四頁以下、平松前掲『江戸の罪と罰』所収「近世法」三一頁、大平祐一「近世の訴訟、裁判制度について」（『法制史研究』第四一號、一九九一年）一六七頁参照。
- 23 『日本庶民生活史料集成』第二十八卷 和漢三才図会（一）（三一書房、一九八〇年）三九六頁。また、島田勇雄・竹島淳夫・樋口元巳訳注『和漢三才図会』四（東洋文庫、平凡社、一九八六年）三七五頁参照。
- 24 徒刑制度の不採用の理由については、小林中国法論文・六五頁（5）もまた参照。
- 25 『日本思想大系』44（岩波書店、一九七〇年）蔵並省自校注『稽古談』三〇三・三〇四頁。
- 26 また、同書・三一九頁参照。こうした海保青陵の思想について、竹林庄太郎「海保青陵の商業思想（二）」（『同志社商学』第二七卷第五号、一九七六年）八九頁参照。
- 27 前述のように同時期においては明律系の一部の藩法が贖刑制度を有していたのであり、大名家にも過料刑しか存在しないとする説は誤りである。
- 28 大平祐一『近世日本の訴訟と法』（創文社、二〇一三年）所収「金公事」債権の保護」一五五頁以下参照。
- 29 陶山宗幸「江戸幕府の刑事内済——傷害罪の検討を中心として——」（『法制史研究』第四一號、一九九一年）一〇三頁参照。「司法の財源化」現象とは、西欧中世の裁判にみられる犯罪者からの財産没収や裁判手数料等が裁判権者の収益となる現象をいう。（同・一〇四頁（12））。
- 30 近世においてはいくつかの藩と奉行所では「公事銭」を徴収していたが、その多くが近世初期に消滅した。吉田正志「近世公事銭に関する一試論——二本松藩の事例を中心にして——」（『法学』第五一卷第五号、一九八七年）五七・五八、八五〜八七頁、同「賭けと裁判——湯起請・鉄火・起請文・公事銭——」（前掲『法文化のなかの創造性』所収）八三〜八六頁参照。
- 31 吉田「近世公事銭に関する一試論」九二頁。
- 32 なお過料刑について金田過料刑論文は、「その科刑の目的に、財政目的は存しなかった」としている（二四頁）。
- 33 服藤弘司『幕府法と藩法』（創文社、一九八〇年）第一章第三節「古法の墨守」、同『刑事法と民事法』（創文社、一九八三年）第一編第三章「公事方御定書の制定とその意義」、同第五章「古法墨守の実態」参照。

³⁴ 服藤『刑事法と民事法』六〇頁。

³⁵ 同書・二四五頁。同箇所では特に追放刑の未克服という理由で主張されている。

³⁶ 小林中国法論文においては、「吉宗による中国法の導入は、最初から律の体系に基づいて伝統法をそれに当てはめ、全面的に幕府法を作り変えようとするものではなかったのである。」(六〇頁)と結論付けられている。

³⁷ 以上、本研究第二編第七章参照。

³⁸ 服藤『刑事法と民事法』二四五頁参照。

六 おわりに

本編では小早川論文以下、江戸幕府の過料刑と中国法の贖刑との関連を認める諸研究を整理し、こうした諸研究がいずれも徳川吉宗が享保期に新たに幕府法の刑罰として過料刑を導入したという前提に立っていることを指摘した。しかしこの前提は誤りであり、過料刑が吉宗以前から幕藩において用いられていた刑罰であることを確認した。そして吉宗が贖刑を導入しなかった理由として、贖刑制度と相性の悪い幕府法の刑罰体系、贖刑の不平等性、営利を忌避する思想、そして、新法を導入することに積極的ではない幕府の古法墨守の思想を挙げた。

従来の研究は徳川吉宗による過料刑の「創設」を前提とし、その「創設」に贖刑からの示唆を認められていたのであるが、吉宗は過料刑を創設したわけではなかった。中国法とその贖刑制度について卓越した知識を有していた吉宗が、あえて旧来の古法である過料刑を存置し、贖刑の採用を退けたという事実こそ、本編で贖刑不採用の理由として挙げたような幕府法を特徴付ける重要な点が隠されていると思われるのである。

もっとも、過料刑は贖刑に直接由来する刑罰とはいえないにせよ、金田過料刑論文によれば、吉宗時代に「公事方御定書」によって過料刑制度は整えられ、以降、増加したとされる¹。また、小林過料刑論文によれば、過料刑を比較的軽微な犯罪や行政犯に対してのみ適用したことや、「応分過料」や納付困難者に対する手鎖による代替等の制度に関して、篁洲や学山、綱紀等の意見が取り入れられたとされていた。吉宗が中国法からいかなる示唆を得て過料刑の改善を図ったのかについては、さらに詳細な検討が望まれるであろう。

1 金田過料刑論文・一二、二一、二四頁参照。

本研究においては以下の三つの観点から、近世日本における贖刑について検討および考察を行った。

第一編「近世日本の贖刑論」では、榊原篁洲、高瀬学山、荻生徂徠といった近世日本における明律学者の贖刑論の検討を行った。本編においては従来の研究では注目されることのなかった、律贖や例贖からなる明代中国の贖刑制度について関心を払い、それぞれの贖刑論を検証した。

榊原篁洲については従来の研究で贖刑批判論者とされていたが、その想定とは異なり、贖刑について必ずしも否定的な見解のみを有しているわけではないことが判明した。確かに篁洲は『大明律例諺解』の注釈において流罪の「納贖」(例贖)を批判していたのであるが、律贖(収贖)について肯定的な意見を載せていることが判明した。

高瀬学山についても篁洲と同様にこうした明代中国の制度を踏まえて贖刑を肯定している点を指摘した。従来の研究においても学山が「仁政」の点から贖刑に肯定的であった点は指摘されていたが、この点を再確認するとともに、その著作の『大明律例訳義』においても一貫してこうした見解が述べられている点を指摘した。そして従来こうした贖刑に関する学山の見解は儒教経典を踏まえたものとされていたが、より直接的には中国で編纂された「明律」の注釈書の論に影響されたものであろう点を指摘した。

荻生徂徠については、その著書の『政談』において過料刑を批判していることは、既に知られていたが、その過料刑批判論が同時に贖刑導入論となっている点を指摘した。すなわち、徂徠は財産を徴収することのみを目的とする過料刑には反対するのであるが、五刑に基づく贖刑については肯定していたのである。このように近世の明律学者は概して贖刑に肯定的であったといえるのであるが、第二編と第三編では、こうした贖刑に関する論が、藩や幕府に対していかなる影響を与えたのかについて論じた。

第二編「近世藩法における贖刑」では、従来、個々の研究においてその存在は指摘されながらも、まとまった研究が存在しなかった藩法における贖刑制度について検討を加えた。本編で取り上げた藩法は、熊本藩「刑法草書」、会津藩「刑則」、弘前藩「寛政律」「文化律」、新発田藩「新律」、和歌山藩「国律」などの「明律」等の影響を受けたことで知られる明律系藩法である。

同編における検討の結果、これらのうち「国律」を除くすべての藩法が贖刑制度や、過料刑を贖刑的に用いるなど、贖刑に類似した制度を設けていることが判明した。贖刑を導入した藩法は、高齢者・幼年者・障害者等の犯罪や、過失殺傷の場合のものなど、「律贖」にあたるものから多くを取り入れていたのであるが、労役による代替など「例贖」からも学んでいる点を指摘した。すなわちこれらの藩法は母法たる明

代中国の贖刑制度を取捨選択の上で、あるいは固有の財産刑である過料刑との折衷により立法していたのである。

第三編「江戸幕府における贖刑不採用」では、贖刑を江戸幕府が導入しなかった理由について考察を加えた。はじめに、従来の研究では贖刑に示唆を受け吉宗が過料刑を「創設」したとされていたが、この説が誤りであり、吉宗以前から幕藩において過料刑が存在していた点を指摘した。したがって吉宗は贖刑に理解を示しつつもこれを退け、財産刑として以前より存した過料刑を存置したのである。

続いて吉宗が贖刑を採用しなかった原因について、先行研究の説を参考に以下の理由を挙げた。第一は贖刑と相性の悪い幕府刑法の刑罰体系の問題であり、第二はとりわけ贖刑の不平等性を問題視する思想、第三は贖刑によって利益を得ることを忌避する營利忌避の思想、第四はこれらを改めてまで贖刑を導入することを拒否する古法墨守の思想である。このような理由によって幕府は明律系藩法を制定した諸藩とは異なり、贖刑を導入できなかったのである。中国法とその贖刑制度について卓越した知識を有していた吉宗が、あえて旧来の古法である過料刑を存置し、贖刑の採用を退けたという事実こそ幕府法を特徴付ける重要な点が隠されていると思われるのである。

以上の学者による贖刑学説の受容と、藩における採用、そして幕府における不採用という事実の検討を通じ、近世日本における贖刑受容の実態は相当程度明らかになったものと思われる。

最後に今後の課題について触れておきたい。明律系藩法についてはこれらの多くが贖刑制度を有していることが判明したのではあるが、その具体的な運用実態については立ち入ることができなかった。その運用を明らかにするにあたっては、さらなる史料を用いて研究を行う必要があると考えられる¹。幕府法についても、結局のところ幕府は贖刑を採用しなかったのであるが、先行研究においては吉宗時代に過料刑が整備され、適用も増加したとの指摘が存した。幕府の過料刑と贖刑との関係については、さらなる検証が必要である。

また、周知のように明治政府は「仮刑律」や「新律綱領」、「改定律例」等の刑法典を制定したのであるが、これらは熊本藩「刑法草書」や「明律」、「清律」等を母法としていたとされる。これら明治初期の刑法典もまた贖刑制度を設けていたのであるが、近世の諸学者の贖刑論や熊本藩等の諸藩の贖刑制度がいかに引き継がれたのかについての研究が望まれる²。

¹ 熊本藩については判決史料の翻刻が進められており、最近では、藩法研究会編『熊本藩刑事判決録 人命篇』（汲古書院、二〇二二年）が刊行された。

² 近年においては、高田久実「旧刑法における罰金刑の成立過程」（高塩博編『刑罰をめぐる法文化』国際書院、二〇一八年）、同「贖罪・

収贖から罰金刑へ——明治初期の刑事罰と法典化——」（額定其勞・佐々木健・高田久実・丸本由美子編『身分と経済 法制史学会七〇周年記念若手論文集』慈学社出版、二〇一九年）などの明治期の罰金刑の成立に関する研究が公となっており、「新律綱領」や「改定律例」の贖刑制度についても言及がなされている。

本研究の序論および第一編は拙稿「近世日本の贖刑論の一考察」（一）（二）（三・完）『立命館法学』第三七七号、第三八一・三八二号、第三八四号（二〇一八年、二〇一九年）を、第二編は「近世藩法における贖刑の研究」（一）（二・完）『立命館法学』第三九一号、第三九六号（二〇二〇年、二〇二一年）を、第三編は「江戸幕府における贖刑不採用についての一考察」『立命館法学』第四〇三号（二〇二二年、本研究執筆時においては投稿中）をそれぞれ改稿したものである。

「近世日本の贖刑論の一考察」については、高塩博氏の書評（『法制史研究』第七〇号、二〇二一年）が存在する。

本研究の執筆にあたり、立命館大学法学部および文学部、法制史学会、法制史学会近畿部会、藩法研究会、近世法史研究会の諸先生方より貴重なご意見を頂戴した。末筆ながら謝意を述べたい。